جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٨

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام

کاتب:

محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب جواهر)

نشرت فی الطباعة:

دار احیاء التراث العربی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد۲۸

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۸، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

و به نستعین

[کتاب الوقوف و الصدقات]

اشاره

کتاب الوقوف و الصدقات

[أما الوقف]

اشاره

و تمام النظر فیه یحصل فی العقد، و الشرائط، و اللواحق

[النظر الأول فی العقد]

الأول: الوقف عقد ثمرته تحبیس الأصل و إطلاق المنفعه کما فی القواعد و التنقیح و إیضاح النافع و الکفایه علی ما حکی عن بعضها بل و فی النافع و اللمعه أیضا لکن ترک ذکر العقد، کما هو المحکی عن المبسوط، و فقه القرآن للراوندی و الوسیله و السرائر و الجامع و المهذب البارع، و مجمع البرهان إلا أنه تبدیل الإطلاق بالتسبیل کما

فی النبوی (۱)«حبس الأصل و سبل المنفعه»

إلا ان المتأخرین أبدلوه بالإطلاق لما قیل من أنه أظهر فی المراد من التسبیل الذی هو إباحتها للجهه الموقوف علیها بحیث یتصرف کیف شاء کغیره من الأملاک، لکن فی الصحاح سبل فلان ضیعته أی جعلها فی سبیل الله تعالی، و من هنا کان التعبیر بالتسبیل أولی، بناء علی اراده ذلک من الإطلاق القابل للتحبیس کما هو مقتضی ابداله بذلک فی المتن و غیره لإشعاره باعتبار القربه حینئذ و أنه من الصدقات، کما فی النهایه و محکی المراسم أن الوقف و الصدقه شی ء واحد و لعله لذا عرفه فی الدروس بأنه الصدقه الجاریه، بل فی المسالک و محکی التذکره و المهذب البارع و التنقیح «قال العلماء: المراد بالصدقه الجاریه الوقف».

و علی کل حال فقد ذکرنا غیر مره أن المقصود من أمثال هذه التعاریف التمییز فی الجمله، فلا ینبغی نقض تعریف المصنف بالسکنی و أختیها، و الحبس، و تعریف الدروس بنذر الصدقه و الوصیه و لا الجواب عن الأول بإراده الحبس علی الدوام، و کان الاختلاف فی ذکر العقد.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۱ لکن فیه « و سبل الثمره».

و عدمه على نحو ما سمعته فى البيع و نحوه من أنها اسم للعقود، أو للمعنى الحاصل منها، و إن لم نقل بمشروعيه المعاطاه فيه، أو لما تسمعه من الخلاف باعتبار القبول فيه و عدمه، المقتضى للاختلاف فى عقد أولا كما ستسمع.

و كيف كان ف اللفظ الصريح فيه وقفت بلا خلاف كما فى المسالك، و محكى التذكره و جامع المقاصد، بل فى محكى السرائر و التحرير و التنقيح و إيضاح النافع الإجماع على صراحتها فيه.

نعم عن الشافعى فى بعض أقواله أنها كنايه عن الوقف، و عن الفاضل فى التذكره أنه من أغرب الأشياء، و نفى الغرابه عنه بعض متأخرى المتأخرين باستعمال لفظ الوقف فى مجرد الحبس و السكنى و الرقبى و العمرى، فى صحيح ابن مهزيار(۱)، و الصفار(۲)و فيه أن الاستعمال مجازا لا ينافى الصراحه المراد منها وضع اللفظ لذلك كما هو واضح.

نعم الظاهر أنها الصريحه أما و فى بعض اللغات الشاذه أوقفت، و لا بأس بالعقد بها على شذوذها أما لفظ حرمت و تصدقت فلا خلاف فى عدم صراحتهما فيه كما اعترف به غير واحد بل حكى الإجماع فى المسالك، و محكى التنقيح فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينه لاحتمالهما مع الانفراد عن قرينه حال أو مقال غير الوقف لاشتراكهما بينه و بين غيره.

و لكن لو نوى بذلك الوقف من دون القرينه دين بنيته كما عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و السرائر و غيرها من كتب المتأخرين، بل لا أجد فيه خلافا كما اعترف به بعض مشايخنا، بل و لا فى أنه يدان بنيته إن لم يقصد الوقف بما هو صريح فيه إذا لم يكن له معارض، لكن قد يشكل الأول بعدم الاجتزاء بمثل ذلك فى غيره من العقود اللازمه، بل المشهور فيما بينهم عدم انعقادها بالمجازات، و إن كان

خلاف المختار إلا أنه على كل حال لا بد من اعتبار الدال على القصد فى حصول أصل العقد، لا الحكم به، لأنه المتيقن من السببيه و إن لم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الوقوف- الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الوقوف- الحديث- ۲.

نجد فی المقام دلیلا مخصوصا، و دعوی- أن هذا العقد لیس من الخطاب الذی یراد به إفهام الغیر حتی یعتبر فیه ذکر القرینه- تستلزم الاکتفاء بذلک فی غیره من العقود، فلا حظ و تأمل.

و علی کل حال فالمراد من الإدانه بنیته هو إیکاله إلی دینه و قصده فیما بینه و بین ربه، فیعامل کلا منهما معامله حاله فی الواقع مع فرض عدم المعارض.

نعم لو أقر أنه قصد ذلک أی الوقف بالکنایه حکم علیه بظاهر الإقرار فی الظاهر فیکون کالصریح حینئذ من هذه الجهه، و أن بقی حکم الإدانه بحاله فی الواقع أیضا، هذا.

و فی محکی التذکره إذا أتی بالکنایه فالمقترن الزائد علیه إما لفظ أو نیه، فاللفظ أن یقرن إلیه صدقه موقوفه أو محبسه إلی أن قال: و أما النیه فینظر إن أضاف اللفظ إلی جهه عامه کأن قال: تصدقت بهذا علی المساکین بنیه الوقف، فالأقرب إلحاقه بالصحیح، و إن أضافه إلی معین، فقال: تصدقت علیکم أو علیک لم یکن وقفا علی الأقوی و فی المسالک و غیرها أن الفرق غیر واضح، إلا أنه لم یحک عن التذکره کما حکیناه، و قد یقال: إن مراده من عدم الحکم بوقفه و إن نواه لعدم ما یقتضی التأبید.

ثم إنه قد یظهر من عباره المصنف و ما شابهها أن اللفظین صیغه واحده للوقف باعتبار إفراد الضمیر الراجع إلیهما و لعله لذا قال فی الدروس، ان ظاهر الأصحاب یدل علی أنهما صیغه واحده، فلا تغنی الثانیه عن الأولی، و تغنی الأولی مع القرینه و لو قال: جعلته وقفا أو صدقه مؤیده محرمه کفی لکن فی المسالک «أن ما ادعاه من الظاهر غیر ظاهر».

قلت: قد عرفت الإشعار فی المتن و ما شابهه، نعم قد یناقش- فیما ذکر من الفرق بین الأولی و الثانیه- بأنه لا دلیل علیه، بل فی محکی التذکره «و أما حرمت هذه البقعه للمساکین أو أبدتها، أود أری محرمه أو مؤبده، فالأقرب أنها کنایه عن الوقف، فإن انضم إلیها قرینه تدل علی الوقف صارت کالصریح، و إلا فلا، و کذا عن غیرها.

نعم حکی فیها عن أظهر وجهی الشافعیه المنع فی حرمت و أبدت لعدم استعمالهما مستقلین،

و إنما يؤكد بهما غيرهما، و أما ما ذكره أخيرا فلا أجد فيه خلافا.

نعم في المسالك بعد أن استحسنه قال: إلا أن فيه خروجا عن صيغه الوقف المنقوله، و ظاهرهم عدم المسامحه في مثل ذلك، و إن كان الأقوى الاكتفاء في كل لفظ يدل على المطلوب صريحا.

قلت: هو كذلك في غير المقام، أما فيه فمساحتهم فيه في غايه الظهور، نعم هو ليس صريحا في الاصطلاح الذي هو وضع اللفظ لخصوص المعنى.

و لو قال حبست أو سبلت قيل: يصير وقفا و أن تجرد ل

قوله (صلى الله عليه و آله)[(۱)]«و حبس الأصل و سبل الثمره

فيكون صريحا في الوقف كما عن الخلاف و الغنيه و الجامع و التذكره و الكيدري، بل في الأول الإجماع عليه و قيل لا يكون وقفا إلا مع القرينه كما عن الأكثر لعدم الوضح له و الاستعمال أعم إذ ليس ذلك عرفا مستقرا بحيث يفهم (عند) الإطلاق لا أقل من الشك و الأصل بقاء الملك، و لا ريب في أن هذا أشبه بأصاله عدم النقل و الانتقال، و عدم ترتب أثر الوقف و أحكامه، خصوصا مع معلوميه اشتراك كل منهما معنى بين الوقف و غيره، و الخبر إنما يدل على حصول الوقف بهما معا، لا بكل واحد منهما، فيكون صريحا في عدم صراحتهما التي هي بمعنى وضع اللفظ للوقف الذي معناه مركب من معناهما، كما هو واضح بأدنى تأمل. هذا بل هما معا لا يقومان مقام وقفت في الصراحه، لاشتراكهما بين الوقف و بين الحبس، بل لعلهما في الثاني أظهر، و ربما توهم من عدم تعرض المصنف للقبول، عدم اعتباره فيه، و كذا غيره.

و لكن فيه أنه يمكن اكتفاء المصنف عنه بذكر كونه عقدا، و من المعلوم اعتباره في معناه، و عدم ذكره بالخصوص لعدم النزاع في خصوص ألفاظ له، إذ هو ما يدل على قبول ذلك الإيجاب، و لذا ترك ذكره المصنف فيما تقدم

من بعض العقود الجائزه المعلوم اعتباره فيه، على أنه سيأتي له التصريح بعدم اعتباره في خصوص ما إذا كان على جهه عامه، و هو كالصريح

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۵۱۱.

فی اعتبـاره فیه فی غیرهـا، و نحوه غیره ممن ذکره فی قسم العقود، بل فی جامع المقاصـد و المسالک إطباق الأصـحاب علی أنه من قسمها مؤیدا ذلک کله بمعلومیه عدم دخول عین أو منفعه بسبب اختیاری ابتداء فی ملک الغیر من دون قبول، مع أنه لو کان لاتجه کونه حینئـذ من قسم الإیقاع، فلا یبطله الرد، و هو مناف لما صـرح به جماعه من البطلان به، و إن لم نقل باشتراط القبول، بـل عن ظاهر الإیضاح و جامع المقاصـد أنه لا خلاف فیه بیننا، و أن المخالف فیه إنما هو بعض الشافعیه و حینئـذ فعـدم اشتراطه فیه مطلقا- کما عساه یتوهم من عدم ذکر جماعه له فی غیر محله.

نعم قـد صـرح المصـنف و من تأخر عنه کالفاضل و الشـهیدین و غیرهم بعـدم الحاجه إلیه فی الوقف علی الجهات العامه، لعدم القابـل للقبول فیهـا، و لما عساه یظهر من المحکی من صـدقات أمیر المؤمنین (علیه السـلام) و الزهراء (علیها السـلام) و الصادق (علیه السلام)(۱)المشتمله علی ذکر إنشاء الإیجاب بدون قبول، و لأن الأصل عدم اشتراطه بعدم تناول المطلقات للمجرد عنه، إلا أن الجمیع کما تری، ضروره عدم اقتضاء الأول الصحه بلا قبول، بل بعد فرض الدلیل علی اعتباره، یتجه عدم

الصـحه فیهـا حینئـذ، علی أن قبول الولی العـام کالحـاکم أو منصوبه ممکن، بـل ربمـا یسـتفاد من بعض الأـدله الآتیه فی القبض الاکتفـاء بقبول من یجعله فیمـا لهـا، و لو نفسه کالقبض و لعله علی ذلک ینزل ما وقع من صـدقاتهم بناء علی أنها من الوقف، لا قسم مسـتقل برأسه، یثبت مشـروعیته من هـذه الروایات، لخلوها عن التصـریح بکونه وقفا، و لا بعد فی دعوی مشـروعیه مثل هذا التسبیل بهذه النصوص، و إن لم أجد من احتمله.

و أما الأصل فیقتضـی اعتباره، لا عدمه، لما سـمعت من أن مقتضاه عدم ترتب الأثر، و المطلقات لا تتناوله، بعد فرض الشک فی معناه، و أنه من قسم العقود المعتبر فیها المعنی الارتباطی بین اثنین أولا، بل من ذلک ینقدح قوه اعتباره مطلقا علی نحو غیره من العقـود، حـتی فی الفوریه و العربیه و غیرهمـا، ضـروره ظهور النصوص أجمع فی کونه قسـما واحـدا، و قـد عرفت المفروغیه من اعتبار القبول فیه فی الجمله، إذ القول بعدم اعتباره مطلقا و أنه فلک ملک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات.

كالتحرير فى غايه السقوط، بل لم نعرفه قولا لأحد من المعتبرين و إنما يذكر احتمالا، و تهجسا، فالوحده المزبوره حينئذ تقتضى اعتباره أيضا حتى فى الجهات العامه، بعد فرض مشروعيته فيها، على نحو فرض مشروعيه غيره من العقود فيها، من الصدقه و غيرها، و إلا كان للوقف معنيان أحدهما عقدى، و الآخر إيقاعى، و هو مناف للوحده المزبوره، كما هو واضح و نافع و موافق للذوق السليم.

نعم قد يقال: إن الأصل يقتضى عدم اعتبار القربه فى صحته، و إن كان هو خيره الفاضل فى القواعد، للأصل بعد اندراج فاقدها بناء على ما ذكرناه فى العقود المأمور بالوفاء بها، و فى نحو قوله

(۱)«الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»

وقوله (صلى الله عليه و آله)(۲)«حبس الأصل و سبل الثمره»

و نحوها، و إطلاق الصدقه عليه فى كثير من النصوص- بل لم يذكر فيما ورد مما أوقفوه (عليهم السلام) الا بلفظ الصدقه، و من المعلوم اعتبار القربه فيها خصوصا بعد

الصحيحين (۳)«لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل»

بل هو دال عليه فى الفرض، بناء على إراده الوقف منه أو ما يشمله، و اراده نفى الصحه فيه كما هو الأقرب للحقيقه لا الكمال، بل لو سلم إطلاقها عليه من باب المجاز فهو من التشبيه البليغ أو الاستعاره المقتضيين للمشاركه فى الأحكام الظاهره التى لا شك فى كون القربه منها، مؤيدا ذلك كله بما صرح به فى وقوفهم من وقوع ذلك منهم ابتغاء وجه الله- لا يقتضى ذلك، ضروره عدم اقتضاء شى ء من ذلك أن الوقف جميعه من الصدقه، بل أقصاه أن منه ما يكون كذلك، و هو ما قصد به وجه الله تعالى،

و هو الذى وقع منهم (عليهم السلام) و لذا اتبعوه بذلك، و لا دلاله فيه على اعتبارها فى صحته على وجه، بحيث لو وقف على ولده و نحوهم من دون ملاحظه القربه يكون باطلا، مع أن مقتضى ما سمعته من الإطلاقات صحته، و ما من الغنيه و السرائر من الإجماع على ذلك لم نتحققه، لخلو كثير من عبارات الأصحاب المشتمله على بيان شرائطه عنه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات.

۲- ۲ المستدرك ج ۲ ص ۵۱۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۲- ۳.

نعم قد يقال: باستفاده رجحانه فی نفسه عند الشارع علی نحو رجحان النكاح و هو غير اعتبار النيه فيه علی وجه يلحقه بالعبادات، علی بحث يأتی فيه، أنه هل هو اسم للصحيح منه أو للأعم، و أن القربه فی الصيغه، أو فی القبض و الإقباض و غير ذلک مما لا يخفی علی الفقيه بأدنی ملاحظه القطع بعدمه، خصوصا بعد معلوميه عدم اعتبار ما يعتبر فی الصدقه فی الموقوف عليه من فقر و نحوه، بل ستسمع إن شاء الله تصريحهم بجوازه علی الكافر، و بصحه وقف الذمی علی البيع و الكنائس، و منه و من العامی المعلوم عدم صحه عباداتهما لفقد الايمان، و لعله لذا و غيره اعترف غير واحد من المحققين هنا بعدم الدليل علی الاشتراط هنا، و فی الأول أی القبول بأن الأولی اعتباره حتی فی الجهات العامه لما ظهر من ذلک، فتأمل جيدا فإن كثيرا من الكلمات هنا غير نقيه بل ظاهره فی التشويش من أهلها، و الله العالم.

و كيف كان ف لا يلزم عقد الوقف إلا بالإقباض الذی هو القبض بالاذن فلكل منهما حينئذ فسخه قبله، و هذا لا ينافی كونه مع ذلک من شرائط الصحه التی هی بمعنی ترتب الأثر من ملک الموقوف عليه المنفعه و غيره كما سيصرح به المصنف و غيره، بل فرعوا عليه البطلان بموت الواقف قبله و غيره، ضروره كون المراد هنا بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامه أو بيان أن وقوع العقد لا يقتضی وجوب الإقباض الذی هو من شرائط الصحه، و إن توهم من نظير المقام جمعا بين قوله تعالی (۱)«أَوْفُوا» و ما دل علی اعتباره فی الصحه التی هی بمعنی ترتب الملک و نحوه إذ هو- مع أنه مناف لأصاله البراءه و غيرها- لا يوافق ما دل هنا علی اعتباره مما هو كالصريح بل صريح فی الاذن بالفسخ قبل حصوله، و أنه لا إثم عليه.

قال صفوان فی الصحيح (۲): «سألت عن الرجل يوقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فی ذلک شيئا؟ فقال: إن كان وقفها لولده و لغيرهم، ثم جعل لها قيما لم يكن له أن يرجع، و إن كانوا صغارا، و قد شرط ولايتها لهم حتی يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا كبارا و لم يسلمها إليهم، و لم يخاصموا حتی يحوزونها عنه، فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يجوزونها عنه، و قد بلغوا».

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الوقوف الحديث- ۲ و ۸.

و

عن الأسـدى فيما ورد عليه من جواب مسائله عن العمرى (۱)عن صاحب الزمان روحى له الفـداء «و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم، فصاحبه فيه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتـج، افتقر إليه أو استغنى عنه «إلى أن قـال»: و أما ما سألت عنه من أمر الرجل الـذى يجعل لنا حياتنا ضـيعه و يسـلمها من قيم يقوم فيهـا و يعمرهـا و يؤدى من دخلهـا خراجهـا و مؤنتهـا، و يجعـل مـا بقى لنـا من الـدخل لناحيتنـا، فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قيما عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره»

لكن كمـا همـا ترى غير صـريحين، بل و لا ظاهرين فى اشتراطه فى الصـحه بمعنى ترتب الأثر الـذى هو الملك و نحوه ضـروره انطباق ما فيهما على كونه شرطا فى اللزوم، و تظهر الثمره فى النماء المتخلل بينهما.

لكن فى جامع المقاصـد و المسالك نفى الخلاف من كونه شـرطا فيها مكررا، بل فيها الإجماع على ذلك، و إن كان قـد يناقش بما قد يظهر من الغنيه من كونه شـرطا فى اللزوم حيث أنه بعد أن ذكر شرائط الصحه، قال: «فأما قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه فى ذلك فشـرط فى اللزوم» بل لعله صـريحها بعد التأمل فى جميع كلامه، و حينئذ يكون هو معقد إجماعها، بل لعله ظاهر اللمعه أيضا حيث ذكر أولا أنه لا يلزم بـدون القبض بإذن الواقف، فلو مات قبله بطل، إلى أن قال، و شـرطه التنجيز و الـدوام، إذ من المحتمل بل الظاهر كونه من العقود الجائزه فيلحقه حكمها من البطلان

بـالموت، و لو للنصوص الـداله على ذلك فى الصـدقه بناء على إراده الوقف منها، أو ما نعم عباره المصـنف و ما شابهها محتمله لإراده الصـحه بقرينه تصـريحه بعـدم ذلك بكونه من شـرائطها أو من شـرائطه الظاهر فى أرادتها أيضا، و احتمال العكس بعيد و لإـراده مـا ذكرنـاه أو لبيـان أنه متى كـان شـرطا فى الصـحه كـان شـرطا فى اللزوم، أما من لم يكن له إلا التعبير بكونه شـرطا فى اللزوم، فلاـ ريب فى ظهوره بترتب الصـحه قبله كـالمحكى عن المبسوط و الخلاـف و السـرائر، بـل عن الأـخيرين الإجمـاع عليه مضافا إلى إجماع الغنيه، و بذلك يظهر أن فى المسأله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الوقوف الحديث ۲، ۸.

قولین، بل عن الوسیله أنه جعل التسلیم شرطا فی الصحه، إلا إذا جعل ولایه الوقف لنفسه مده حیاته.

و عن کافی أبی الصلاح «إذا تصدق علی أحد الوجوه المذکوره، و أشهد علی نفسه بذلک، و مات قبل التسلیم، فان کانت الصدقه علی مسجد أو مصلحه فهی ماضیه، و إن کانت علی من یصح قبضه، أو ولیه، فهی وصیه یحکم فیها بأحکام الوصایا» و عن سلار فی المراسم عدم ذکره من الشروط أصلا، و بذلک کله یظهر لک ما فی المسالک و الریاض و غیرهما من المفروغیه عن اشتراطه فیها حتی فیما حکوه عن التنقیح من الإجماع علی ذلک، مع أن التأمل فی کلامه یقتضی إراده دعواه علی اعتباره فی الجمله لأنه بعد ذلک بلا فاصله معتد بها حکی الخلاف فیه، بل قد یقال: باقتضاء القواعد کونه شرطا فیه لا فیها، جمعا بین ما یدل علیها بدونه من الإطلاقات، و آیه «أَوْفُوا» و غیرها و بین الخبرین السابقین.

و أما النصوص المتضمنه لبطلان الصدقه بالموت قبل القبض، فمع أن الاستدلال مبنی علی اراده الوقف منها أو ما یشمله، لا تدل علی اشتراطه فی الصحه، و إن ذکره غیر واحد، إذ من الممکن ما سمعت من کونه عقدا جائزا ینفسخ بالموت و مثله و لو لهذه النصوص، و الخروج عن ذلک فی الصدقه غیر الوقف لدلیل لا یقتضی الخروج عنه فی الوقف أیضا، و مع الإغضاء عن ذلک کله فالمتجه کونه شرطا کاشفا لا جزء سبب، کما حرره فی المسالک، و تبعه غیره، لما عرفت من وجود مقتضی الصحه فلا وجه حینئذ لجعل الثمره فی النماء المتخلل، فتأمل جیدا، و الله العالم.

و کیف کان فلا خلاف و لا إشکال فی أنه إذا تم الوقف بجمیع شرائطه المعتبره فیه کان لازما، لا یجوز الرجوع فیه، إذا وقع فی زمان الصحه بل الإجماع بقسمیه علیه عندنا، بل هو کالضروری من مذهبنا، خلافا لأبی حنیفه، فجوز للواقف الرجوع به بل لورثته، إلا أن یرضوا به بعد موته، فیلزم، أو یحکم به حاکم، مع أن تلمیذه أبا یوسف لما قدم إلی بغداد کان علی قوله، و لکن حدثه إسماعیل بن إبراهیم بن علیه عن ابن عوف عن ابن عمر خلافه، فقال هذا لا یسع احد خلافه، و لو تناهی الی أبی حنیفه لقال

به، مع أن المحكى عن أبى حنيفه أنه قال: إن أوصى بالوقف لزم فى الثلث، و فى الخلاف، تناقض، لأنه جعله لازما فى ثلثه فى مرضه المخوف، و لم يجعله إذ أنجزه لازما فى جميع ما له فى حال صحته، و إن كان قد يفرق بينهما، بعد تسليم اراده لزوم الوقف منه، هذا.

و لكن للمفيد فى المقنعه ما ينافى بظاهره لما ذكرنا قال: «الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم، و القرب إلى الله سبحانه و تعالى بصلتهم أو يكون تغير الشرط فى الوقف إلى غيره أرد عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله، و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع فى شى ء منه، و لا يغير شرائطه و لا نقله من وجوهه و سبله» و عن ابن إدريس انه أطال فى رده، و يمكن أن يكون ذلك منه بناء على اعتبار بقاء صلاحيه الموضوع للتقريب فى الموقوف، فيكون انتفاء الوصف المزبور حينئذ مقتضيا لانتفاء الموقوف عليه المقتضى لبطلان الوقف بناء على مختاره من عدم اعتبار التأييد فيه، و الأمر سهل بعد وضوح الحال، و الله العالم.

هذا كله لو وقف فى زمان الصحه أما لو وقف فى مرض الموت فإن أجازه الورثه نفذ من الأصل و إلا اعتبر من الثلث لكونه حينئذ ك باقى منجزاته من الهبه و المحاباه فى البيع و نحوهما و قيل يمضى من أصل التركه و لا ريب فى أن الأول أشبه كما أوضحنا ذلك مفصلا فى كتاب الحجر و كتاب الوصايا و حينئذ ف لو وقف و وهب و أعتق و باع فحابى و لم يجز الورثه، فإن خرج ذلك من الثلث، صح و إن عجز بدئ بالأول فالأول لأنه هو السابق فى التعلق حتى يستوفى قدر الثلث ثم يبطل ما زاد خلافا للمحكى عن الفاضل فى المختلف فبسط الثلث على الجميع فارقا بين المنجزات و الوصايا، و ضعفه واضح.

و هكذا لو أوصى بوصايا، و لو جهل المتقدم قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه، لكن فيما إذا أوصى يقسم على الجميع بالحصص (۱۱) لعدم الترجيح بعد قيام احتمال التقدم المعلوم كونه فى أحدها فى كل منها، و بذلك يكون الفرض كالمنجزات التى لم يعلم التقدم فى أحدها المحكوم فيها بالاقتران لأصاله عدم تقدم كل منها على الآخر، كما هو قضيه

كـل حادث اشـتبه سـبقه بالآخر و تأخره عنه و لكن فيه ما لا يخفى عليك فى المقيس، و المقيس عليه، ضـروره كون المتجه فى الأول القرعه، و لذا قال المصنف و لو اعتبر ذلك بالقرعه كان حسنا (۱)

- «لأنها لكل أمر مشتبه (۱)»

و لا ريب فى أن الفرض منه، بل لعل الأمر كذلك فى المقيس عليه أيضا إذا فرض عنوان الحكم فى الشـرع السـبق و الاقتران، و لم يعلم

أحدهما، إذ الأصل لا يشخص الثانى الذى هو من الحوادث، و الأصل عدمه فليس إلا القرعه.

نعم لو قلنا أن العنوان فى الشـرع السـبق خاصه كما هو الظاهر فمع عدم العلم يبقى الحكم على مقتضـى إطلاق الوصـيه الذى هو التعلق بالجميع فمع القصور يتجه التقسـيم حينئذ بالحصـص، لا القرعه كما سـلف لنا غير مره فى نظائر المقام، بل قد ذكرنا جمله من ذلك فى هذه المسأله فى كتاب الوصايا فلا حظ و تأمل.

ثم أنه لا يخفى عليك أنه ليس فى الشـرع اعتبار كيفيه خاصه للقرعه بالنسـبه إلى التعـدد و الاتحاد، فله حينئذ تعددها فى الثلاثه التى فى المتن مثلاـ مع فرض جهـل الحـال فيهـا على وجه لم يعلم أنهـا مرتبه كلاـ أو بعضـا أو لاـ فيقرع أولا لبيان اقترانها على السواء، أو ترتبها كذلك، أو الاقتران فى بعض و الترتب فى آخر، فإذا خرج أحدهما أقرع لتعرف احتمالاته خاصه إن كانت.

و له أن يقرع قرعه واحـده بثلاـثه عشـر ورقه على عـدد الاحتمالاـت فيهـا، و هى ترتيبها مع سـبق الوقف ثم العتق ثم البيع، أو مع تقدم البيع على العتق، و سبق العتق ثم الوقف ثم البيع، أو مع تقدم البيع و سبق البيع مع الصورتين، فهذه ست.

و مقـارنه اثنين منهـا و هى ست أيضـا، اقتران العتق و الوقف سـابقين، و تأخر البيع و لاحقين له، و تقارن الوقف و البيع سابقين و تأخر العتق و لاحقين له، و اقتران العتق و البيع سابقين و تأخر الوقف و لاحقين له و اقتران الثلاثه.

و له القرعه بكتـابه سـبع رقـاع فى أحـدها الوقف و فى الثانيه العتق، و فى الثالثه البيع، و فى الرابعه الوقف و العتق، و فى الخامسـه الوقف و البيع، و فى السادسه العتق و البيع، و فى السابعه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۱۱ و ۱۸. و فيها « كل مجهول ففيه القرعه».

اجتماع الثلاثه، ثم يخرج واحده، فإن ظهرت بأحد المنفردين قدم، و أخرج أخرى، فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره و الثلاثه أطرحتا و أخرج غيرها كما ذكر، و أن ظهر أولا رقعه الثلاثه أفاد الاجتماع، أو رقعه اثنين جمع بينهما سابقا و حكم بتأخر الثالث و بالجمله، فالمدار على كتبه رقاع تصح على جميع الاحتمالات، و الله العالم.

و إذا وقف شاه كان صوفها الذى على ظهرها و لبنها الموجود فى ضرعها داخلا فى ما اقتضاه الوقف من تسبيل الثمره ما لم يستثنه نظر إلى العرف كما لو باعها بلا خلاف أجده بين من تعرض له من الفاضل، و الشهيدين و الكركى و غيرهم، بخلاف الحمل، بل و بخلاف ثمره النخل و الشجر و نحوهما، فإنه لا عرف يقتضى ذلك إلا أن الانصاف عدم خلوه من الأشكال بحسب ما نجده الآن، بل قد يشك فى أصل الحكم حتى مع التصريح بناء على عدم اقتضاء عقد الوقف تمليك نفس الثمره و إنما اقتضاؤه ذلك بإدخال العين الموقوفه فى ملك الموقوف عليه، فتكون الثمره نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرف فيه ببيع و نحوه بخلاف الثمره، و من المعلوم أن ذلك إنما يكون فى النماء المتجدد دون ما حصل من النماء الذى هو ملك الواقف فإنه لا يتصور تملكه من حيث التبعيه المزبوره كما هو واضح، و دعوى قابليه عقد الوقف لنقلها باعتبار كونها ثمره تقتضى قابليته لها على جهه التسبيل حتى مع الانفصال و هو محل تأمل، إلا أن ظاهر من تعرض المفروغيه من قابليته لذلك كاقتضائه دخول باقى المنافع المتجدده فى ملك الموقوف عليه كالصوف و اللبن المتجددين، و عوض البعض، و اجره الدابه و العبد و نحوها، بل و النتاج المتجدد، كما نص عليه الفاضل فى القواعد و محكى التذكره و إن كان لا يخلو من نظر تقدم فى نظائره فى كتاب البيع.

و أما أغصان الشجر الذى هو كالثمر فيها نحو شجر الخلاف فهو أيضا ملك للموقوف عليه لأنه من المنافع، بل لا يبعد دخول ما جرت العاده بقطعه كل سنه مما فيه إصلاح الشجر و الثمره من تهذيب الأغصان، و ما يقطع من أغصان شجر العنب فى الثمار كما لا يبعد كونه من أجزاء الموقوف فى حال، و من المنافع فى حال آخر، مثل أطراف النخل حال كونها رطبه و يابسه، و الله العالم.

بقى الكلام فى فروخ الأشجار المتجدده بعد الوقف، و لا يبعد أن تكون من نماء الوقف و من

فوائده إن كانت متولده منها نفسها و إلا فهى لمن يجوزها أو لمن كان بذرها له هذا.

و عن التذكره اشتراط دخول اللبن المتجدد فى منافع الموقوف على وجه يدخل فى ملك الموقوف عليه بما إذا لم تكن العين موقوفه على جهه خاصه لا- يدخل فيها نحو ذلك كما إذا وقف بقره للحرث، فان الدرع يكون للواقف، و مرجعه الى جواز الوقف فى بعض المنافع دون بعض و لنا فيه نظر يأتى إن شاء الله تعالى.

[النظر الثانى فى الشرائط]

اشاره

النظر الثاني: في الشرائط و هي أربعه أقسام:

[القسم الأول فى شرائط الموقوف]

القسم الأول: في شرائط الموقوف و هي أربعه الأول أن تكون عينا مملوكه ينتفع بها مع بقائها، و يصح إقباضها، فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين معجله و مؤجله على الموسر و المعسر و كذا الكلى كما لو قال: وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا و لم يعين و إن وصفها بأوصاف معلومه، بل و كذا المنفعه، لأن العين تطلق فى مقابل الثلاثه التى لا يصح وقف شى ء منها للشك فى تناول أدله الوقف لذلك، و لاتفاق الأصحاب ظاهرا، و لأن المستفاد من

قوله (۱)(صلى الله عليه و آله) «حبس الأصل و سبل الثمره»

و ما وقع من وقوفهم، اعتبار فعليه التهيؤ للمنفعه فى الأصل الذى يراد حبسه، و لا ريب فى انعدام التهيؤ فعلا للكلى المسلم فيه مثلا، و لذا لا تصح إجارته و لا غير الإجاره

مما يقع على المنفعه، لعدم ملكها لمن يملكه.

نعم يصح بيعه و الصلح عليه و غيرهما مما يقتضى نقله نفسه، بل وهبته إن لم يدل دليل على اعتبار الشخصيه فيها، و تهيؤه بعد القبض لا يقتضى ذلك قبله الذى هو مورد العقد فى الفرض.

و أما وقف كلى موصوف فى الذمه على نحو إجارته الذى أشار إليه المصنف بقوله «و كذا»

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۱۱ د.

إلى آخره فيمنعه أولا: عدم صلاحيه عقد الوقف لإثبات نحو ذلك فى الذمم، كغيره من عقد الهبه و الصدقه و نحوهما مما هو ليس عقد معاوضه، بل هو غير مملوك. و ثانيا: عدم تحقق الحبس و التسبيل فعلا و تأخره إلى التعيين مناف لاعتبار تنجيزه، و مقارنه الأثر لسببه، و بذلك افترق عن الإجاره المقتضيه لملك دابه موصوفه عليه فعلا، و تأخر تعينها للوفاء لا ينافى ذلك، كما لا ينافى ذلك ملك عين الكلى فى ذمته، كل ذلك، مضافا إلى ما فى جامع المقاصد، من دعوى الاتفاق على ما فى القواعد من عدم صحه وقف الدين و المطلق كفرس غير معين و عبد فى الذمه و ملك مطلق، قال: و المراد بالأخير أن يقف ملكا من الأملاك أيها كان و لا يشخصه، و يجوز أن يراد به أن يقول وقفت ملكا و يقتصر على ذلك».

قلت: قد يشك فى عدم صحه وقف عبد من عبيده المعينين على وجه يكون الموقوف فيها واحدا منهم بخصوصه و شخصه على البدل على نحو مذهب الإماميه فى الواجب المخير، و يتعين حينئذ بالقرعه، أو بتعيين الواقف، أو يكون الموقوف عبدا منها الصادق على كل منها، بل لعل هذا هو المتيقن فى الفرض على تقدير الصحه، ضروره عدم وقف كل منها بالخصوص على البدل، و إن جاز ذلك فى الواجب المحير لغه و عرفا على وجه لا يحتاج إلى تعيين من الأمر و لا قرعه، بخلافه فى المقام المفروض فيه كون أحدهما، لا كل منهما، و فى محكى التذكره عن الشافعيه فى أحد الوجهين صحته كصحه عتق أحد العبدين، و ربما يشعر به اقتصار المصنف الأولين فى التفريع على العين، اللهم إلا أن يريد بقرينه قوله و لم يعين خصوص المفروض أو الأعم منه، و فى مفتاح الكرامه «قل من تعرض لعدم الصحه فى ذلك، و أول من تعرض له الفاضل فى التذكره» لكن فى الرياض عن الغنيه الإجماع على عدم الصحه فى المنفعه و الدين و المبهم، و إن كنا لم نتحققه، و إنما الموجود فيها و فى المحكى عن السرائر الإجماع على كونه معلوما مقدورا على تسليمه مع بقاء عينه فى يد الموقوف عليه، مع أنه يمكن إراده إخراج نحو وقفت شيئا من أملاكى، و بطلانه حينئذ للإبهام المحض الذى يشك معه فى صلاحيه كونه موردا للعقد ان لم يظن العدم، و لعله المراد من الملك المطلق فى القواعد كما سمعته من جامع المقاصد فى تفسيرها بل لعله المراد من اعتبار العلم فيما حكيناه عن الغنيه و السرائر، ضروره اراده

إخراج فاقده أصلا و هو المبهم المحض و بالجمله إن لم يكن إجماعا فالقول بالصحه لا يخلو من وجه خصوصا على المختار عندنا من صحه وقف المشاع المنافى لدعوى التشخيص، و لتحقق الحبس و التسبيل فعلا فى أحدهما كالوصيه به لشخص و الجهل بعينه لا يقدح بعد عدم اعتبار المعلوميه فيه كالبيع و الإجاره، فتأمل جيدا فإنه قد تكون المسأله مبنيه على جواز ملك الكلى فى الخارج بدون الإشاعه بناء على أن الموقوف ملك للموقوف عليه، و قد تقدم الكلام فيها فى كتاب البيع و غيره، و الله العالم.

و أما عدم صحه وقف المنفعه فلعدم تصور الحبس فيها، ضروره كونها مبنيه على الاستيفاء شيئا فشيئا، و دعوى- عدم اعتبار أصل التحبيس فى الوقف، بل يكفى فيه تسبيل المنفعه كما عن أبى الصلاح- يدفعها ظهور النص و الفتوى بخلافه بل يمكن دعوى ضروره المذهب أو الدين على ذلك، نعم نحو ذلك يشرع فى السكنى و الرقبى و العمرى، و هى غير الوقف كما هو واضح.

و كيف كان فلا إشكال كما لا خلاف بيننا فى أنه يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث و الآلات المباحه و نحو ذلك مما ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاء عينه لا كمنفعه أعيان الملاهى و نحوها، و لا ما لا منفعه له أصلا، أو لا منفعه له إلا بإتلاف عينه، كالطعام و الشمع و نحوهما، بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله و خصوصها فى بعض.

نعم عن أبى حنيفه عدم جوازه فى الحيوانات و الكتب، بل عن مالك فى مطلق المنقول، و عن أبى يوسف عدم جوازه إلا فى الأرض و الدور، و الكراع، و السلاح، و الغلمان تبعا للضيعه، إلا أنها كما ترى مخالفه للنصوص من طرقنا، و طرقها عموما و خصوصا، و الإجماع و السيره المستمره فى وقف الحصير و القناديل و الزوالى و نحوها.

لکن هـل یعتبر طول زمـان المنفعه أولاـ؟ ظـاهر الأکثر کما اعترف به فی الروضه و النصوص الثانی، فیصـح حینئـذ وقف ریحانه یسـرع فسادهـا، و ربمـا احتمل الأول، بل هو ظاهر جماعه و صـریح محکی التـذکره و التحریر، لـدعوی الانسـباق الممنوعه علی مـدعیها، و للمنافاه للتأبیـد المراد من الوقوف الـذی یدفعها معلومیه عدم إراده أزید من عمر العین منه، و إلا لم یصح وقف أبدا، لعدم عین عمرها الأبد کما هو واضح.

و کذا لا یعتبر فعلیه النفع، بل یکفی تأهله، فیصح وقف الفلو و الجحش، و العبد الصغار، بلا خلاف أجده، لإطلاق الأدله أیضا و کـذا یصـح وقف الکلب المملوک ککلب الصـید و الماشـیه و الزرع و الحائط بناء علی ملکیتها و السـنور و غیرها من الحیوانات التی تـدخل تحت الملـک، و لهـا منـافع مقصوده محلله، لحصول مقتضـی الصـحه حینئـذ من ملـک الأصل و لإمکان الانتفاع به المحلل مع بقاء العین.

نعم لو قلنا بعدم ملکها و أن لصاحبها حق الاختصاص، و لکن له الانتفاع بها اتجه حینئذ عدم صـحه وقفها، بناء علی اعتبار ملک الأصل، بل لعل قوله حبس الأصل و سبل الثمره یشمله، إذ لا دلاله فی الأصل علی اعتبار کونه مملوکا و هو واضح، نعم لا یصح وقف الخنزیر، لأنه لا یملکه المسلم و کذا غیره من کلب الهراش، و نحوه مما لا یدخل تحت ید المسلم علی وجه یملک منفعته بلاـ خلاف أجـده فیه، أما الکافر فالأقرب صـحه وقفه له علی مثله، کما فی القواعـد و غیرها، بناء علی صـحه الوقف منه لمعاملته معـامله الملک فی حقه، و المراد بصـحه الإقباض فی المتن القـدره علی تسـلیمه أو ما یشـملها، و لـذا قال و لا وقف الآبق لتعـذر التسـلیم مفرعا له علی ذلک، و هو جید فیما یرجع منه إلی السـفه، کالطیر فی الهواء و السمک فی الماء، أما إذا لم یکن کذلک فلا دلیل علی عـدم جوازه، لإطلاق الأدله التی لیس فی شـی ء منها ما یقتضـی مقارنه إمکان القبض للعقـد فی الصـحه، بناء علی اعتبارها فیها، بخلاف البیع المعتبر فیه، عـدم الغرر، الـذی هو بمعنی الخطر، و حینئـذ فیقف الآبق فإن قبض بعد ذلک صح، و إلا فلا کما صـرح به ثانی المحققین و الشـهیدین، و أولی بالصـحه وقفه علی القادر علی تسلمیه لحصول الإقباض من المالک الذی هو بمعنی الإذن فیه من جهته، بل قد عرفت فی کتاب البیع قوه صحه بیع مثله، فضلا عن وقفه.

و هل يصح وقف الدراهم و الدنانير قيل: لا يصح و هو الأظهر عند المصنف وفاقا لجماعه من القدماء بل في الدروس عن المبسوط الإجماع عليه إلا ممن شذ، و الموجود في المحكي عنه و عن الغنيه و السرائر نفي الخلاف فيه، لأنه لا نفع لها إلا بالتصرف فيها و هو مناف للوقف المقتضي بقاء الأصل و قيل: يصح كما أرسله في محكي المبسوط لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها كالتزين بها، و دفع الذل و نحوها، فيتناولها حينئذ إطلاق الأدله، و لعله لذا استشكل الفاضل في القواعد بل في محكي التذكره أن أصحابنا ترددوا، و في محكي السرائر لو قيل بالجواز كان وجها، و في المسالك أقوى، و في الدروس و محكي التذكره و الحواشي و جامع المقاصد الصحه مع المنفعه، كالتحلي و نحوه.

قلت: و يؤيده الإجماع- في الظهور فضلا عن النصوص، كما تقدم في محله- على جواز إعارتها، و هي كالوقف في اعتبار وجود المنفعه، و احتمال الفرق بينهما لا وجه له هذا كله في خصوص الدراهم و الدنانير.

أما إذا اتخذت حليا أو اتخذ منها حليا فلا إشكال في جواز وقفها، و عن التحرير أنه يصح وقف الحلي إجماعا و لو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه مع عدم الإجازه قطعا و لو أجاز المالك قيل: لا يصح- لا لأن الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه، لأن الظاهر عدم الاختصاص، بل- لأن نيه التقرب شرط فيه، و لا يقوم الغير مقام المالك فيها و نيتها حين الإجازه غير نافعه، إما لاشتراط المقارنه للصيغه، أو لأن تأثير نيته في الصحه غير معلوم، و الأصل بقاء الملك و اختاره الكركي وفاقا للمحكي عن المهذب و جامع المقاصد و التحرير في موضع، و كأنه قال به أو مال إليه في الروضه.

و قيل: يصح، لأنه بالإجازه صار كالوقف المستأنف و هو حسن وفاقا للمحكي عن التحرير في آخر، و اللمعه و الحواشي و شرح الإرشاد و للفخر، و الروض و التنقيح، و ظاهر المسالك و غيرها، لأنه قسم من الصدقه التي ثبت بالنص جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك و نحوه، و التقرب بمال الغير عن الفاعل غير مشروع أما عن الغير نفسه ففي

الأدله ما يـدل على مشـروعيه كل ذلك، بناء على اعتبار نيه التقرب فيه على وجه يكون من العباده، أما على القول بعـدم اعتبارها أصلا فلا ريب أن المتجه حينئذ الصحه.

و يصـح وقف المشاع بلا خلاف أجده فيه عندنا، بل الإجماع بقسـميه عليه، بل نصوص التصدق به مسـتفيضه أو متواتره، فيدخل فيه الوقف، أو يراد منه بل فى الغنيه أنه مورد قوله (عليه السـلام) حبس الأصل و سـبل الثمره، فما عن الشـيبانى- من عدم الجواز لعدم إمكان قبضه- واضح الضعف لما عرفت و لأن قبضه هنا كقبضه فى البيع كما هو واضح، و الله العالم.

بقى الكلام فيما ينـدرج فى الضابط المزبور من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه، و قـد صـرح به الفاضل فى قواعـده، و وافقه عليه فى جامع المقاصد لأن العتق إنما هو فى الملك التام، بل عن غايه المراد الميل إلى ذلك، أو القول به، هذا.

و لكن الإنصـاف عـدم خلوه من النظر، و تسـمع لـذلك تتمه إن شـاء الله تعـالى، فى صـيروره الأـمه الموقوفه أم ولـد، إذا وطـأها الموقوف عليه، فولـدت منه فتنعتق بموت السـيد، و يؤخـذ من تركته قيمتهـا للبطون المتـأخره، و أما أم الولـد فالمتجه عـدم جواز وقفهـا بنـاء على انتقـال الموقوف للموقوف عليه، لعـدم جواز، نقلها إلى الغير بجميع وجوه النقل، أما على القول ببقائه على ملك الواقف فقـد يقال بالجواز، و تبقى حينئذ على الوقف إلى موت السـيد، و لو مات ولدها قبله تأبد وقفها، و إلا عتقت من نصـيبه و بطل وقفها.

و فيه أنه مناف للتأييد المعتبر فيه الذى يراد منه بناؤه عليه من أول الوقف، اللهم إلا أن يمنع اعتبار ذلك، أو يقال: كما عن بعض الشـافعيه من بقـاء منافعهـا للموقوف عليه و إن تحررت، كما لو آجرها و مات، و أما المـدبر فلا إشـكال فى جواز وقفه، و يكون حينئذ رجوعا عنه، و لعله لذا حكى الإجماع عن التذكره على جواز وقفه.

نعم الظاهر عدم صـحه وقف المكاتب بقسميه، لانقطاع سلطنه المولى عنه، كما عن التذكره التصريح به، و أما العين المستأجره و الموصـى بمنفعتهـا شـهرا مثلاـ فلاـ يجوز للمسـتأجر و الموصـى له وقفها، لأنه لا يملك إلا المنفعه، و قـد عرفت جواز وقفها، أما المالك فلا بأس

به، و القبض حينئذ يكون بإذن الآخر، أو إلى انقضاء تعلقه.

نعم لو فرض مده الإجاره يستغرق عمر العين غالبا، و تأييد الوصيه بالمنافع لم يجز الوقف، ضروره كون العين حينئذ مسلوبه المنافع، كضروره عدم جواز الوقف فى العين المملوكه التى تعلق بها حق الرهن، أو الدين لفلس و نحوه، فالغرض من الملك فى الضابط الخالى من نحو ذلك، و يمكن أن يكون نظر المصنف و غيره فى خروج ذلك إلى ما تسمعه من شرائط الوقف التام، و الله العالم.

[القسم الثانى فى شرائط الواقف]

القسم الثانى: فى شرائط الواقف و يعتبر فيه البلوغ و لو بالعشر و كمال العقل و جواز التصرف و لعل الأخير مغن عن الأولين و لذا اكتفى فى اللمعه باشتراط الكمال، و فى الدروس بأهليه الوقف، و فى محكى السرائر و الغنيه كونه مختارا مالكا للتبرع به إجماعا، و الأمر سهل بعد معلوميه سلب عباره الصبى، و إن قلنا بشرعيه عبادته، و أن الوقف من العباده، و سلب عباده المجنون بقسميه، و أن المحجور عليه لفلس أو سفه لا- يجوز له التصرف المالى بعباده أو غيرها، بل قد يشكل صحته منه مع الإجازه المتأخره بما عرفته سابقا فى الفضولى، اللهم إلا أن يجعل ذلك من شرائط الصحه كالقبض، فلا يمنع التقرب بالصيغه حينئذ.

و على كل حال ف فى وقف من بلغ عشرا مميزا تردد بل خلاف، فعن المقنعه الأول، و عن وصايا النهايه و المهذب جواز صدقته، بل فى جامع المقاصد فى الوكاله أن المشهور جواز تصرفه فى الوصيه و العتق و الصدقه، و المشهور الثانى بل لعل عليه عامه المتأخرين، بل لعل الخلاف منحصر فى خصوص المفيد بناء على إراده ما لا يشمل الوقف من الصدقه فى كلامهم، بل و لا دليل عليه، ضروره اختصاص خبر زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)(۱)فى الصدقه على الوجه المعروف فى البالغ عشرا.

و موثق جميل (۲)«عن أحدهما فى صدقه الغلام إذا كان قد عقل»

و كذا موثق الحلبى و محمد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ۲.

ابن مسلم(۱).

و من هنا قال المصنف المروى جواز صدقته على أنه فى المسالک مثل هذه الأخبار الشاذه المخالفه الأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم، و فى جامع المقاصد لا تنهض معارضات للتواتر.

قلت: و لا ينافى ذلک جواز وصيته و لو بالوقوف للنصوص المعمول بها بين معظم الأصحاب مع حرمه القياس، و حينئذ فلا ريب فى أن الأولى المنع بل هو الأصح ل ما عرفت، و معلوميه توقف رفع الحجر على البلوغ و الرشد و من المعلوم عدم تحقق الأول منهما ببلوغ العشر، و دعوى كونه بلوغا بالنسبه إلى خصوص

ذلک واضحه المنع، ضروره أن البلوغ مرتبه خاصه لا تفاوت فيها فى ذلک.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز أن يجعل الواقف النظر فى الموقوف لنفسه خاصه و لغيره كذلک و لهما معا على الاشتراک و الاستقلال، بل و لا خلاف إلا ما يحكى عن ابن إدريس، و الموجود فى محكى السرائر عداد الشروط، و منها أنه لا يدخله شرط خيار للواقف فى الرجوع فيه، و لا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو، و ليست صريحه، و لذا نفى الخلاف عنه من دون استثنائه غير واحد، و قطع به آخر، و نفى الشبهه عنه ثالث، و إلا كان محجوجا بعموم الأدله و خصوصها بل مقتضى الإطلاق نصا و فتوى عدم الفرق فى ذلک بين كونه عدلا أو فاسقا كما صرح به غير واحد بل لم أجد فيه خلافا و إن احتمله فى المسالک، لكن فى الرياض تبعا للكفايه فيه قولان و لم نتحققه.

نعم قد صرح غير واحد باعتبارها فى غيره، بل فى الكفايه أنه المعروف من مذهب الأصحاب، بل فى الرياض دعوى حكايه الاتفاق عليه، و إن كان فيه ما لا يخفى على المتتبع، بل فى محكى التحرير لو جعل النظر للأرشد عمل بذلک، و لو كان الأرشد فاسقا فالأقرب عدم ضم عدل إليه، و قال أيضا: لو جعل النظر لأجنبى عدل ثم فسق ضم إليه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ۲.

الحاکم أمینا، و یحتمل انعزاله بفسقه، و حینئذ فالمتجه عدم الفرق بین اشتراطها لنفسه و لغیره بالنسبه إلی ذلک، و ما فی سیدنا أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۱)من اعتبار الرضا بهدیه و إسلامه و أمانته لا یدل علی اشتراط ذلک فی أصل الناظر.

و علی کل حال ففی المسالک و غیرها أنه إن عادت العداله إلیه عادت النظاره إن کان مشروطا من الواقف، و نحو ذلک قد ذکروه فی الوصی، و الظاهر اختصاص ذلک فیهما من بین العقود لاقتضاء العموم فی دلیل مشروعیتهما من

قوله (علیه السلام)(۲)«الوقوف علی حسب ما یقفها أهلها إن شاء الله»

و قوله تعالی (۳)«فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ» إلی آخره جواز ذلک، و هو جعل العنوان الشخص الموصوف من حیث الوصف، و من المعلوم عدم جواز مثل ذلک فی الوکاله، و نحوها علی وجه تدور وکالته مدارها وجودا و عدما.

ثم الناظر المشروط فی نفس العقد لازم من جهه الواقف، لا یجوز له عزله مطلقا، لعموم الأمر بالکون مع الشرط، و إن کان لا یجب علی المشروط له القبول، للأصل بل لو قبل: لم یجب علیه الاستمرار لما فی الدروس و الروضه من أنه فی معنی التوکیل.

و فی المسالک «لأنه غیر واجب فی الأصل فیستصحب فإذا رد صار کما لا ناظر له ابتداء فیتولاه الحاکم، أو الموقوف علیه، و یحتمل الحاکم مطلقا، لخروج الموقوف علیه من استحقاق النظر بشرطه، فعوده إلیه یحتاج إلی دلیل، بخلاف الحاکم فإن نظره عام».

قلت: قد یناقش فی جواز الرد بعد القبول بإطلاق الأمر بالوفاء بالعقد من المتعاقدین و غیرهما ممن له تعلق بالعقد، و القبول بالنسبه إلیه حینئذ رضاه بما اشترط له منه، و دعوی أنه فی معنی التوکیل کما تری، ضروره عدم الدلیل و عدم القصد بل ربما یومئ فی الجمله إلی ما قلناه وجوب القیام بما تقتضیه النظاره علیه مع عدم الرد لکونه من مقتضی العقد المزبور، بل و ما ذکروه أیضا من أنه إن اشترط الواقف له شیئا من الثمره عوضا عن عمله جاز، و لیس له أزید

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

منه و إن كـان أقل من الأجره و إن أطلق فله أجره مثل عمله إن لم يرد التبرع، ضـروره ابتناء التزامه بالعوض القليل على كونه من مقتضى العقد اللازم الذى لا وجه عند التأمل فى جواز رده بعد قبوله، مع أن المردود من أجزاء مقتضاه، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

و لو جعل النظاره لاثنين مثلا اشتركا فيها على وجه لا يجوز لأحدهما الاسـتقلال على ما صرح به غير واحد و لا بأس به مع قصد الواقف ذلك لعموم

(۱)«المؤمنون» (۲)

و «الوقوف»

المقتضى جواز جميع الصور المتصوره فى المقام من الاستقلال و الاشتراک فى الجميع و

البعض و غيرهما مما لم يكن فيها مانع من الشرع.

و لكن هل يحمل على الاشتراک المزبور بمجرد تعدد الناظر لا يخلو من إشـكال، كالإشكال فى استقلال الآخر لو مات أحدهما أو انعزل بفسق و نحوه، كما أوضحنا ذلک فى الوصى الذى لا مقتضى للفرق بينه و بين الناظر فى مثل هذه الأحكام التى مرجعها إلى فهم معنى، أو عموم دليل أو نحو ذلک، و منه يعلم ما فى المسالک من أنه لو اختص أحدهما بالعداله أو بقى عليها ضم إليه الحاكم حيث لا يكون منفردا أو انضم إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدم، فلاحظ و تأمل.

ثم إن وظيفه النـاظر مع الإطلاـق، مـا يتعـارف من ذلک من العماره و الإجاره و تحصـيل الغله و قسـمتها على مسـتحقها، و حفظ الأصل و نحو ذلک مما لا يجوز لغيره بعد فرض اشتراط النظر المنصرف عرفا إلى تولى شى ء من ذلک.

و فى

التوقيع(۳)«و أما ما سألت عن أمر الرجل الـذى يجعل لناحيتنا ضـيعه فيسـلمها من يقوم بها و يعمرها و يؤدى من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لناحيتنا، فإن ذلک لمن جعله صاحب الضيعه لا يجوز ذلک لغيره.»

لكن فى المسالک «الإشكال فى ذلک من وجهين: (أحدهما) ما لو كان الموقوف عليه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الوقوف الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف- الحديث- ۸.

متحدا، أما ابتداء أو لاتحاده فى بعض الطبقات اتفاقا، فإنه مختص بالغله فتوقف تصرفه فيها على إذن الناظر بعيد، لعدم الفائده خصوصا مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضله عن العماره و غيرها مما تقدم على القسميه نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعا، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها فى الأمور المتقدمه على اختصاص الموقوف عليه، (و ثانيهما) الأوقاف العامه على المسلمين و نحوهم التى يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مربها كأشجار الثمار فإن مقتضى القاعده أيضا عدم جواز تصرف أحد منهم فى شى ء منها إلا بإذن الحاكم، و لا يخلو من إشكال، و تفويت لكثير من أغراض الواقف، بل ربما دلت القرينه على عدم إراده الواقف النظر على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهه، فكأنه فى قوه جعل النظر إليه، لكن هذا كله لا يدفع الأشكال لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبى، و ينتقل الحكم إلى الحاكم فلا عبره بقصده خلاف ذلك، حيث لا يوافق القواعد الشرعيه، جعل مثل هذا الإطلاق نظرا الى كل واحد فى حيز المنع، و بالجمله فهذه القواعد الشرعيه المتفق عليها، لا تدفع بمثل هذا الخيال، و ينبغى أن يقال: أن المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصه، و يملك حيث لا يجب صرف الثمره فى الأمور المتقدمه على صرفها إلى الموقوف عليه، و كذا القول فى تصرف الموقوف عليه المتحد، أما المتعدد فلا، لأن قسمتها و تمييز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على ناظر، فيكون كالتصرف فى المال المشترك بغير إذن الشريك، فتستقر فى ذمته حصه الشريك من ذلك، و لم أقف فى هذه الأحكام للأصحاب على شى ء فينبغى تحرير النظر فيه».

إلا أنه من غرائب الكلام، ضروره أنه لا استبعاد فى توقف تصرف الواحد على إذن الناظر مع فرض اشتراطه من الواقف على هذا الوجه، لأن

«الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»

كما أنه لا وجه لدعوى توقف المنتفع بثمر شجر أو ماء بئر أو ظلال أو نحو ذلك مما يراد من وقفه الانتفاع لمن يمر به على إذن الحاكم، إذ هو و إن كان الناظر مع الإطلاق إلا أنه فيما لم يتجه المالك بوقفه له على هذا الوجه.

و دعوى- أنه أجنبى مع فرض أنه وقف على هذا الوجه- غريبه، و أغرب منها دعوى الإثم

بالتناول المزبور، و إن ترتب عليه الملك، لمنافاته السيره المستمره، و للمعلوم من قصد الواقف بوقفه على هذا الوجه، و لما ورد فى النص من أحقيه السابق من غيره و لغير ذلك، و كذا لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين المتحد و المتعدد مع فرض تراضى الشركاء فيما بينهم بالقسمه، فإن الناظر لا مدخليه له فى ذلك إلا أن يشترط الواقف كما هو واضح.

بقى الكلام فيما ذكره المصنف بقوله فإن لم يعين الواقف الناظر كان النظر إلى الموقوف عليهم بناء على القول بالملك و نحوه فى القواعد و محكى التحرير و الجامع و غيرها، و إليه يرجع ما عن جماعه من إطلاق كونه للموقوف عليهم، و ما فى المسالك «من أنه إن جعلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه مطلقا فالنظر إليه، و إن جعلناه للموقوف عليه إن كان معينا، و لله تعالى إن كان على جهه عامه، فالنظر فى الأول للموقوف عليه، و للحاكم الشرعى فى الثانى، و كذا غيرها مما صرح فيه بتوليه الحاكم إن كان عاما و إن كان على معين وليه بنفسه، لمعلوميه ابتناء ذلك على كونه فى العالم الله أو للفقراء، و على كل حال فالولى الحاكم».

لكن لم نعرف لهم دليلا يعتد به مع فرض إراده أحكام الناظر المشترط التى تمضى إجارته على الأعقاب و نحوها، و كون العين و المنفعه ملكا لهم ما داموا أحياء لا يقتضى إثبات مثل هذه الولايه لهم.

نعم لهم تناول ما هو ملك لهم من دون استيذان، و لهم التصرف فى تنميته و إصلاحه و نحو ذلك مما هو من توابع الملك، و ليس لهم إهماله كما يهمل المالك ملكه كما أنه ليس لهم النظر فيه على وجه يمضى على البطون المتأخره، و من ذلك يظهر لك قوه ما حكاه فى الدروس عن بعضهم من احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق فى الوقوف كلها، لتعلق حق البطون المتعاقبه، بناء على إرادته ما ذكرناه بقرينه تعليله، لا مطلق التصرف بها، و تناول ثمرتها و نحو ذلك مما لا ينافى حق البطون أو كان فيه مصلحه لها، بل يمكن تنزيل إطلاق الكلمات على ما ذكرناه من التفصيل.

و أما احتمال أنه للمالك، لأن النظر و الملك كانا له، فإذا زال أحدهما بقى الآخر، فإنه و إن حكاه فى الدروس، بل احتمله الفاضل فى محكى التذكره، إلا أنه فى غايه الضعف، ضروره

خروج الواقف بعد الوقف و صيرورته كالأجنبى بالنسبه إلى ذلك، و إنما كان له ماله تبعا لملكه، و قد زال كما هو واضح. و الله العالم.

[القسم الثالث فى شرائط الموقوف عليه]

القسم الثالث: فى شرائط الموقوف عليه و قد اشتهر فيما بينهم أنه يعتبر فى الموقوف عليه شروط أربعه(۱)الأول أن يكون موجودا و الثانى: أن يكون ممن يصح تملكه و الثالث أن يكون معينا و الرابع أن لا يكون الوقف عليه محرما بل فى محكى الغنيه و السرائر الإجماع على كونه معروفا متميزا يصح التقرب بالوقف عليه، و هو ممن يملك، بل فيه أيضا و محكى المبسوط نفى الخلاف عن عدم صحته على المعدوم الذى لم يوجد بعد و الحمل و العبد، بل فى الأخير أيضا أن الذى يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف على المجهول و المعدوم، كل ذلك

مضافا إلى معلوميه اقتضاء «عقد»(۲)الوقف ملك الموقوف عليه المنفعه أو هى مع العين، و المعدوم و غير القابل للملك لا يصلح لذلك لعدم صلاحيتهما للقبول الذى قد عرفت اعتباره فيه.

و حينئذ ف لو وقف على معدوم ابتداء لم يصح، كمن وقف على من سيولد له مثلا- أو على حمل لم ينفصل فإنه و إن كان موجودا أو صحت الوصيه له و عزل الميراث له، إلا- أنه بحكم المعدوم بالنسبه إلى الوقف للإجماع المزبور، أو لعدم قابليته للملك إلا- ما خرج بناء على صحه الوصيه له بمعنى التمليك الاختيارى الفعلى و لو بقبول وليه، بناء على ثبوت الولايه له قبل التولد لا الوصيه العهديه أو التملكيه المتأخر قبولها من وليه عن تولده، فإن ثبوتها لا يقتضى صحه الوقف.

أما لو وقف على معدوم قابل لذلك بعد وجوده فضلا عن الحمل تبعا لموجود (۱۱) قابل لعقد الوقف و مقتضاه من التملك للمنفعه فإنه يصح (۱۲) بلا خلاف فيه

۱- ۱ و فى المتن« شروط ثلاثه أن يكون موجودا، ممن يصح أن يملك، و أن يكون معينا و أن لا يكون الوقف عليه محرما إلى آخره».

۲- ۲ كلمه« عقد» ليست موجوده فى بعض النسخ.

بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص بعمومها و خصوص صدقاتهم مستفيضه أو متواتره فيه على معنى تملكه بعد وجوده مرتبا و مشاركا.

نعم لو بـدء بالمعدوم ثم بعده على الموجود لم يصح على المعدوم قطعا لما عرفت، و لكن هل يقتضـى ذلك بطلان العقد رأسـا قيل: هو كذلك ف لا يصح حينئذ حتى بالنسبه إلى الموجود كما

هو المشـهور، و فى المسالك نسـبته إلى المصنف و المحققين لأن اللازم من الصحه أحد أمور ثلاثه معلومه البطلان، و هى: إما صحه الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوع الوقف المشـروط أو عـدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف، ضـروره أنه حال الوقف إن لم يكن موقوفا عليه فهو الأول أو الثانى، و إن فرض أنه البطن الثانى فهو الثالث.

و قيل و القائل الشـيخ فى محكى خلافه و مبسوطه يصح على الموجود قال فى الأول: إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبـد أو حمـل لم يوجـد أو رجـل مجهول و مـا أشـبه ذلك ثم بعـد ذلك على أولاده الموجودين فى الحال، و بعـد ذلك على الفقراء بطـل الوقف فيما بـدء بـذكره، لأنه لا يصـح الوقف عليهم، و صـح فى حق الباقين لأنه لا دليل على إبطاله، و لا مانع يمنع منه، و قال فى الثانى ما حاصـله أنه مبنى على صحه تفريق الصفقه التى اعترف بالقول بها، ثم إن كان من بطل الوقف فى حقه لا يمكن اعتبار انقراضه، كالوقف على معـدوم أو مجهول صـرفت منفعه الوقف إلى من صح فى حقهم فى الحال، و إن كان ذلك ممكنا كالعبد ففى صرفها إليهم أيضا و عدمه، بل تصرف إلى الفقراء و المساكين إلى انقراض العبد فترجع إليهم قولان.

و عن يحيى بن سـعيد فى الجـامع موافقته فى الصـحه فى حق الباقين، و كأنه مال إليه فى غايه المراد حيث أجاب عن دليل الأول بـالتزام أن هنـاك موقوفـا عليه و هم البطن الثـانى فإن أمكن اعتبار انقراض الأول اعتبر ذلك فى جواز انتفاع البطن الثانى، لا فى نفوذ الوقف، و النمـاء حينئـذ للواقف أو ورثته، كمنقطع الوسـط، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه، و يقال فيهما أنه لما كان المصدر به محالا كان شرط الواقف كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال، و اتباع

شرط إنمـا يلزم لو كـان سابقـا، و بطلان الوقف إنما يلزم لو لـم يكن هناک موقوف عليه لكنه موجود قطعا و الواسـطه غير صالح للمانعيه.

و فيه- مضافا إلى ما عرفت- أنه مبنى على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذى قد تقدم الكلام فيه فى محله، بل فى المسالک أنه مناف أيضا لاعتبار إخراج الواقف نفسه عن الوقف و لو وفاء دين أو غله سنه فى صحه الوقف، و تشبيهه له بمنقطع الوسط رد له إلى المتنازع فإنه بمثابه منقطع الأول بعد الانقطاع، و إن أراد فيما قبله فالفرق واضح.

و بذلک ظهر لک حينئذ صـلاحيه الواسطه للمانعيه و أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده بعد وضوح الفرق على العبد مثلا بينه و بين تبعيض الصفقه التى يساويها وقف الشاه و الخنزير مثلا، أو الوقوف على العبد مثلا و زيد الذى صرح الأكثر بجوازه فى الثانى فى النصف، لتوجه القصد فى الأول إليهما فيصح فى الجامع و يبطل فى الفاقد، و فى الثانى إلى التشريک بينهما فيصح فى القابل، و يبطل فى الفاقـد بخلاف الفرض الـذى تترتب فى القصد بل هو قصد إلى المرتب الذى هو كالمركب فى اقتضاء انتفاء المرتب عليه انتفاءه، لعـدم الترتيب حينئذ، بل لعل التأمل يقتضـى البطلان بنحو ذلک فى منقطع الوسط، و منقطع الأخير بناء على مـدخليه الترتيب فى المتـأخر كمـدخليته فى المتقـدم، لاتحـاد سلسـله الترتيب، فمتى كـان اختلال فى أولها أو وسـطها أو آخرها بطلت، لأن المعنى الترتيبى واحد بالنسبه إلى الجميع.

اللهم إلاـ أن يـدعى بين المرتب عليه و المرتب فى العرف، و لكنه صـعب مع التأمل و الا فلا إشـكال فيه مع فرض قصـد الواقف ذلک، و حينئذ يكون من تبعيض الصـفقه، بل لو فرض فى الأول أيضا كان كذلک فلا حظ و تأمل جيدا كى لا يخفى عليک ما فى الذى حكيناه عن غايه المراد من التشبيه بمنقطع الوسط، و ما سمعته من رده بما فى المسالک.

و كـذا ظهر أيضا لک الحال فيما لو وقف على من لا يملک ثم على من يملک و إن كان فيه ال تردد و الخلاف المزبور و لكن المنع أشـبه بـأصول المـذهب و قواعـده لاـ عرفت، و لاـ أقـل من أن يكون الوقف المفروض محـل شـک فى تنـاول الأدله، و لو الإطلاقات و العمومات فالأصل فيه الفساد، لكن لا

يخفى عليك أن بناء جميع ما سمعته من الأصحاب فى المنع على خلو الوقف عن موقوف عليه- و لا ريب فى كون ذلك مانعا و منافيا لتنجيز الوقف، من غير فرق بين ابتداء الوقف و فى أثنائه، و فى آخره، مما عساه يظهر من المصنف و الدروس من أن هذا الشرط إنما هو فى ابتداء الوقف، و إلا فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعا للموجود- لا يخلو من إبهام، ضروره أن الصحيح من الوقف على المعدوم تبعا هو ما لا يقتضى خلو الوقف عن موقوف عليه فى أحد الأزمنه، و بهذا المعنى لو فرض فى الأول يكون صحيحا للعمومات بمعنى أنه يقف على الموجودين ما دام لم يولد له مثلا، و متى ولد له كان الوقف عليهم على وجه يكونون هم المقدمون، و دعوى عدم صحه هذا أيضا ممنوعه على مدعيها، و إن كان سيأتى من المصنف ما يوهمها، و هو قوله «و لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز و بطل الوقف» إلا أنه فى نقل الوقف من أصله عنهم، و هو غير ما نحن فيه مع أن ظاهر الشهيد فى الدروس و غيره جوازه كما تسمعه فى محله إن شاء الله تعالى.

و كيف كان فقد عرفت أنه لا خلاف بيننا كما لا إشكال فى أنه لا يصح الوقف على المملوك بجميع أفراده المشتركه فى عدم قابليته للملك الذى قد عرفت أنه من مقتضى الوقف.

نعم لو قلنا بأنه صح الوقف عليه و إن كان محجورا عليه، بل فى عدم اعتبار إذن مولاه فى القبول وجه، و ما عن بعض العامه- من جواز الوقف عليه على الأول و يكون لسيده واضح البطلان، ضروره كون الوقف عقدا و هو تابع للقصد ف لا ينصرف الوقف إلى مولاه ل كون المفروض أنه لم يقصده بالوقفيه و إنما كان قاصدا للعبد و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه يصح الوقف على المصالح الراجعه إلى كافه الناس أو بعضهم كالقناطر و المساجد لعموم الأدله و لا ينافى ذلك عدم قابليتها للملك لأن الوقف فى الحقيقه على الناس المسلمين (۱۱) و إن وقعت هى فى اللفظ و القصد الأولى لكن (۱۲) المراد حقيقتهم باعتبار انتفاعهم فى ذلك ف هو (۱۳) حينئذ صرف إلى بعض مصالحهم (۱۴) و كذا الوقف على أكفان الموتى

و مؤنه حفر قبورهم بل و على العبيد المعدين لخدمه البيت و الحضرات المشرفه و الأماكن المعظمه، بل و البهائم كذلك لرجوع الأمر فى ذلك كله إلى ما عرفت، بل يمكن القول بصحه الوقف على الجهات الخاصه، كالوقف على كتب زيد و مدرسته مثلا لأنه فى الحقيقه وقف على زيد أن يصرفه فى مصلحه خاصه.

نعم يحتاج مع ذلك إلى ما يكون به مؤبدا، ضروره اتحاد الجميع فى المدرك، و أما

المرسل فى الفقيه فى باب فضل المساجد(۱)«إنه سئل عن الوقوف عليها، فقال لا يجوز، لأن المجوس وقفوا على بيوت النار»

المراد به على الظاهر ما رواه هو و

الشيخ فى التهذيب من خبر الصحارى (۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) قلت له: «الرجل اشترى دارا فبقيت عرصه فبناها بيت غله أ يوقفه على المسجد، فقال: إن المجوس أوقفوا على بيوت النار»

الذى هو مع شذوذه و ضعف سنده- و احتماله الوقف على نفس المسجد أو للتزويق و الزخرفه

أو وقف الأولاد للخدمه كما كان فى الشرع السابق و غير ذلك و إن بعد- فيمكن حمله على إداره بيان الأولويه بالجواز مما ذكر فيه من التعلل، فيكون حينئذ مؤيدا، لترك «لا» فى بعض النسخ فى المرسل الذى يكون حينئذ صريحا على هذا التقدير فى الجواز المواقف لما دل على الأمر بعمارتها و كنسها و غير ذلك مما يكون الوقف مقدمه له، و الله العالم.

و لا يقف المسلم على الحربى، و إن كان رحما وفاقا للمشهور كما عن المسالك، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح، و إن كان فيه حينئذ ما ستعرف، للنهى عن موادته و بره، و لأنه مباح المال على وجه ينافى صحه الوقف عليه التى يترتب عليها عدم جواز تناوله منه كما أومى إليه بتعليل المنع فى الدروس بذلك.

لكن عن كثير من القدماء إطلاق جوازه على الكافر- بل عن مجمع البيان الإجماع على جواز أن يبر الرجل على من شاء من أهل الحرب قرابه كان أو غير قرابه، و إنما الخلاف فى إعطائهم الزكاه و الفطره و الكفارات، فلم يجوزه أصحابنا، و فيه خلاف بين الفقهاء- لعموم

قوله (۳)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام المساجد الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام المساجد الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ۱- ۲.

(علیه السلام) «الوقوف علی حسب»

إلی آخره و نحوه و الحث علی الإحسان و المعروف و صله الأرحام، و ربما کان فیه تألیف لقلوبهم و میلهم إلی الإسلام، و لأن

«لکل کبد حری أجر(۱)»

و النهی عن المواده من حیث کونه محادا و محاربا، و إلا لحزم محادثتهم و التعارف معهم و نحوه، و تحریم تغییره من حیث کونه وقفا، لا ینافی جوازه من حیث کونه مال حربی، لا أقل من أن یکون التعارض من وجه، و لا ریب فی رجحان الأخیر، و مع الإغضاء عن ذلک کله، فالنهی عن المواده لا یقتضی الفساد إذا کانت فی عقد من العقود بل أقصاها الإثم.

و لکن فیه- بعد إمکان إراده خصوص الذمی الذی ستعرف الحال فیه من الإطلاق کما عن الشهید و جماعه، و أن یراد من معقد الإجماع المزبور ما لا یشمل الوقف علیهم، الذی هو أولی بالمنع من الوصیه التی أطبقوا علی ما قیل إلا من شذ علی عدم جوازها له بل ظاهر المبسوط الإجماع علی ذلک- أن ضروره الشریعه تقتضی الحث علی قطع رحم الکفر، و علی الإسائه لهم بکل ما یمکن، لأنهم شر دواب الأرض المؤذیه و أن الفساد علی تقدیر اعتبار القربه فیه واضح، لمعلومیه عدم کون العباده محرمه، بل و علی العدم أیضا للنهی عن نفس العقد الذی هو فرد المقتضی للبر و المواده کالنهی عن فرد الإعانه علی الإثم، و لیس هو الأمر خارجی کالبیع وقت النداء و الظاهر أن ذلک مبنی الفساد عندهم، لا ما فی الریاض من عدم صلاحیه الحربی للملک الذی هو مقتضی الوقف، و لا أقل من أن یکون محل شک، و الأصل

الفساد، إذ هو کما تری مناف للضروره و ما سمعته من إباحه ماله لا یقتضی ذلک، بل هو ظاهر فی خلافه کظهور أدله التملیک فی ذلک أیضا، بل هو کالضروری من مذهبنا.

نعم قد یتوقف بناء علی الصحه فی تملک المسلم منه بالاغتنام و نحوه، لکونه وقفا لمسلم جامعا للشرائط، اللهم إلا أن یرجح ما دل علی أن ماله فی ء للمسلمین علی ذلک بعد فرض تناول ذلک لمثل هذا المال له، کما أومأنا إلیه سابقا، و هو أمر آخر غیر ما نحن فیه، فتأمل جیدا و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب الصدقه الحدیث- ۵.

و أما القول بجواز أن يقف المسلم على الذمى و لو كان أجنبيا فهو محكى عن التذكره و التبصره، و موضع من التحرير و الدروس و إيضاح النافع، بل لعله لازم للقائل بجواز الصدقه عليه الذى نسبه فى المسالك إلى الأشهر، بل فى الكفايه إلى المشهور، بل قيل لم يحك الخلاف فيه إلا عن الحسن، و منه ينقدح الاستدلال عليه بالنصوص الداله على ذلك، مضافا إلى عموم المقام، بل و عموم الإحسان و المعروف و صله الرحم و غيرها، بعد قوله (تعالى)[(۱)](#)«لا يَنْهاكُمُ اللَّهُ .» و إلى فحوى ما دل على جواز الوصيه من الإجماع المحكى، أو النصوص و إلى ما سمعته من إجماع مجمع البيان، بل لا ينافى ذلك القول باعتبار القربه فيه بعد فرض شمول الأدله له، ضروره

عدم المانع من كونه مقربا إلى الله تعالى، و إن كان على أهل الذمه كالصدقه، و بذلك يظهر لك ضعف القول باختصاص الجواز فى الرحم- و إن حكى عن الشيخين و أبى الصلاح و بنى حمزه و زهره و سعيد و إدريس، بل فى جامع المقاصد أنه المشهور، بل فى الخلاف الإجماع عليه، بل قد يظهر من الغنيه نفى الخلاف فيه-

للمرسل [(۲)](#)«إن صفيه وقفت على أخ لها يهودى فأقرها النبى (صلى الله عليه و آله)»

ضروره عدم دليل صالح للاختصاص، و إن زاد الرحم بما دل على رجحان صلته و الوقف على الأرحام، بل يمكن إراده القائلين وضوح القول بالجواز فيهم، لا الجزم بنفيه عن غيرهم، و حينئذ لا يكون مخالفا للمختار، و كذا القول باختصاصه فيما إذا كان أحد الأبوين مع أنا لم نتحقق القول به إلا ما يحكى عن السرائر مع أن المنقول عنها فى موضع آخر التصريح بجوازه على مطلق الأرحام، كما لم نتحقق الدليل له إلا المرسل فى محكى المراسم «إذا كان الكافر أحد أبوى الواقف كان جائزا» و الأمر بمعاصرتهما بالمعروف و هما غير صالحين للدلاله على الاختصاص، و أما القول بالمنع، و إن حكى عن سلار و ابن البراج و الفخر و الشهيد فى الحواشى المنسوبه إليه لكن لا دليل لهم سوى ما سمعته فى الحربى الذى يجب الخروج عنه بما عرفته هناك كما هو واضح، هذا.

و لكن فى الرياض المناقشه فى أصل دلاله العمومات على الجواز مطلقا بكون المراد من

قوله (عليه السلام) «الوقوف»

إلى آخره و غيره، الوقوف الصحيحه المتضمنه لشرائط الصحه التى منها

۱- ۱ سوره الممتحنه الآيه- ۸.

۲- ۲ المغنى لابن قدامه ج ۴ ص ۲۲۲ طبعه بيروت دار الكتاب العربى سنه ۱۹۳۲.

قصـد القربه، و هی فرع الأـمر بـالوقف أو مطلق الصـدقه علیهم و المبره بهم، و لا أثر له فی الشـریعه لا فی الکتاب و لا فی سـنه، فکیف یقصد التقرب بشـی ء لم یرد به أمر أو حث أو ترغیب نحو ما ورد فی المسـتحبات الشـرعیه، و بذلک یظهر لک الجواب عن الاستدلال ب

قوله (علیه السلام) «لکل کبد حری أجر»

و بآیه «لا یَنْهاکُمُ اللَّهُ» إلی آخره فإن غایتهما الـداله علی ثبوت الأجر، و عدم النهی عن الموده، و هما لا یسـتلزمان الأمر بالوقف أو المـوده حتی یتحقـق فیه قصـد القربه المشـترطه فی الصـحه، مع معارضـتهما بعموم دلیـل المنع، حـتی یتحقق فیه قصـد القربه المشترطه فی الصـحه، مع معارضـتهما بعموم دلیـل المنع، و هو قوله تعالی (۱)«لاـ تَجِـدُ قَوْماً یُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ» إلی آخره، مع أنی لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا و فی الشرائع قائلا، إلی أن قال: فهو ضعیف غایته.

و هو من غرائب الکلام و ما کنا لنؤثر أن یقع ذلک منه لا فی النظر و لا فی التتبع، إذ قد عرفت أنه قول غیر المصنف أولا، و ثانیا لا یخفی علیک- بعد الإغضاء عما فی تقیید

العمومات بالصحیحه المقتضی لعدم استفاده الصحیح منها حینئذ، و الإغضاء عن شرطیه نیه القربه- أنه یکفی فی ذلک إطلاق ما دل علی اسـتحباب الوقف، و أنه من الصـدقه الجاریه، ضـروره عدم الفرق بین متعلقه و متعلق أوامر الصدقه بین المسـلم و الذمی خصوصا بعد

الخبر «أن لکل کبد حری أجرا»

و کـذا مـا دل علی الأمر بالإحسان و بالمعروف و فعل الخیر و نحو ذلک، بل قوله تعالی (۲)«لا یَنْهاکُمُ اللَّهُ» إلی آخره کاف فی ثبوت الحث علی برهم، و الإقسـاط إلیهم بالموده، «ف إِنَّ اللَّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِـطِینَ و المحسـنین، و یأمر بالإحسان(۳)» و أغرب من ذلـک قوله فـإن «غایتهمـا» إلی آخره و بـالجمله هو من غرائب الکلاـم، و الله هو المؤیـد و المسـدد و الحافظ من زلل الاقـدام و الأقلام.

هذا کله فی الوقف علیهم أنفسهم من حیث أنهم من بنی آدم، و یمکن تولد مسلم منهم، بل یمکن صیرورتهم مسلمین، بخلاف ما لو وقف علی الکنائس و البیع التی هی معابدهم فإنه لم یصح بلا خلاف أجده فیه بل عن ظاهر المبسوط و الغنیه

۱- ۱ سوره المجادله الآیه- ۲.

۲- ۲ سوره الممتحنه الآیه- ۸.

۳- ۳ سوره البقره الآیه- ۱۹۵- و سوره النحل الآیه ۹۰.

نفیه بین المسلمین لکونه إعانه لهم علی ما هو محرم علیهم من التعبید فیها و نحوه و بذلک افترق عن الوقف علیهم لا بقصد شی ء من ذلک و إن صرفوهم فی المحرم، و علی المسلمین

أو مصالحهم کمساجدهم و قناطرهم و نحوها مما یستحب إعانتهم علیه هذا.

و لکن فی المسالک بعد أن ذکر وجه المنع بنحو ما قلناه قال: و أما تعلیل المنع- بأن من جمله مصرف الوقف عمارتها و هی محرمه، بخلاف عماره المساجد، و باقی مصالح أهل الذمه- فغیر مطرد، لأن من الکنائس ما یجوز لهم عمارتها بل هو الأغلب فی بلاد الإسلام، و تخصیصه بکنیسه لا یجوز إحداثها کالمحدثه فی أرض الإسلام، أو أرضهم بعید عن الإطلاق من غیر ضروره».

و فیه أن عدم منعنا لهم عن ذلک لکونه من مقتضی عقد الذمه، لا یقتضی الجواز لهم فی الواقع، بل هو محرم علیهم، و حینئذ لا یجوز الوقف منا لهم علی هذه الجهه، بالإعانه علی الإثم، نعم لا بأس فی الوقف علی المصالح الراجعه إلیهم الجائزه لهم کبناء دورهم و نحوها، لأنه کالوقف علیهم.

و کذ لک فی عدم الصحه لو وقف علی معونه الزناه فی زناهم من المسلمین فضلا عن غیرهم، أو قطاع الطریق أو شاربی الخمر أو غیرهم لاشتراکهم معهم فی الدلیل الذی هو النهی عن الإعانه علی الإثم، و الوقف بهذا القصد فرد منها، فبناء علی اعتبار القربه فیها فالأمر واضح، و علی العدم یبطل لکون النهی عنه نفسه باعتبار أنه إعانه، نحو ما سمعته فی المواده و کذا لو وقف علی کتب ما یسمی الآن بالتوراه، و الإنجیل بلا خلاف أجده فیه کما عن التذکره و کذا المبسوط، لا لأنها منسوخه، فإن ذلک لا یقتضی حرمه النظر فیها کالمنسوخ من القرآن و إن توقف فیه فی جامع المقاصد لاختلاف الملتین بخلاف منسوخ القرآن إلا أنه کما تری بل لأنها محرفه و لو فی الجمله و به صارت من کتب الضلال التی لا یجوز نسخها و النظر فیها لغیر النقض و لذا

غضب رسول الله (صلی الله علیه و آله) علی عمر لما رأی فی یده شیئا من التوراه(۱)«و قال له: أ فی شک أنت یا بن الخطاب، أ لم آت بها بیضاء نقیه،

۱- ۱ المغنی لابن قدامه ج ۶ ص ۲۲۲ طبعه بیروت دار الکتاب العربی سنه ۱۹۳۲.

و لو كان أخى موسى حيا لما وسعه إلا اتباعى»

و لو وقف عليها بقصد الوجه الذى يجوز له إمساكها و النظر فيه جاز، لكونه حينئذ طاعه إلا أن الفرض لما كان نادرا أطلقوا المناع من الوقوف عليها، و كإطلاقهم المنع على الحربى، و البيع مع إمكان فرض جهه راجحه يجوز لها ذلك، لكنه بعد تسليم إمكان فرضه خروج عن محل البحث كما هو واضح. هذا كله فى وقف المسلم.

و أما لو وقف الكافر على البيع و الكنائس أو أحد الكتابين جاز بلا خلاف أجده فيه كما عن المقتصر الأعراف به بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه.

نعم فى جامع المقاصد بعد أن افتى بالجواز قال: «و فيه وجه آخر» و على كل حال فالمعروف الأول إقرارا لهم على دينهم، لكن فى المسالك هو يتم بناء على عدم اشتراط

القربه، أما معه فمشكل من حيث إن ذلك معصيه فى الواقع، فلا يتحقق معنى القربه بها إلا أن يراد قصدها فى الجمله و إن لم تحصل، أو قصدها ممن يعتقد حصولها، و هذا هو الظاهر، و الأصل فى ذلك ما عن الآبى فى كشفه قال: سألت المصنف عن وجه عدم الصحه أى الذى ذكره فى النافع، فأجاب بأنه يمكن أن يقال: أن نيه القربه شرط فى الوقف، و لا يمكن ذلك فى الكافر، فلا يصح منه الوقف.

و ناقشه فيه بأن لقائل أن يمنع المتقدمين، و الوجه الصحه، إذ كل قوم يدينون بدين و يعترفون بمعبود يتوجهون إليه، و تبعهما فى الرياض، فإنه بعد أن حكى عن المصنف احتمال عدم الجواز لتعذر النيه قال: و فيه نظر، لاختصاصه بالمعطله و الدهريه.

و فيه أن الجواز الإقرارى غير محتاج إلى شى ء من ذلك، ضروره أنه كوقف الخنزير و نحوه، و أما الجواز الواقع الذى ينبغى فرضه فى الجامع لشرائط الصحه عندنا، سوى أنه من كافر لا فى نحو المقام الذى باطل عندنا، و الفرض اشتراكهم فى الفروع معنا، و حينئذ فلا ريب فى الفساد بناء على أن الوقف من العبادات المعتبر فيها النيه المتوقفه على تحقق الأمر، و ليس هى إلا

بالصحيحه الجامعه للشرائط التى منها الإسلام، و دعوى الاتفاق على الصحه من الكافر فى وقفه الجامع يقتضى ما أشرنا إليه من عدم اعتبار نيه القربه فيه، و إلا لم يكف القصد المزبور، ضروره شرطيه الإسلام فى صحه عباداتهم الجامعه للشرائط، فضلا عن محل الفرض الذى ليس موضوع عباده فى الواقع، و المذهب على اشتراكهم معنا فى الفروع و لعل ذلك هو مراد المصنف كما وقع له فى العتق، بل كذلك الكلام فى الوقف من فرق المسلمين المخالفه للحق، فإنه باطل على اعتبار القربه لمعلوميه اشتراط الإيمان فى صحه العباده».

و أما الوقف عليهم فالظاهر جوازه لنحو ما سمعته فى الوقف على الذمى، إلا ما كان ملحقا منهم بالحربى كالخوارج و الغلاه و النواصب و نحوهم مما لم يثبت شرعيه الوقف عليهم إن لم يكن الثابت من الأدله خلافه، و هو معنى آخر غير اشتراط القربه، و عليه يتفرع عدم جواز الوقف على الفاسق من حيث كونه كذلك، و كذا الكافر و المخالف على وجه لا يكون من الإعانه على الإثم، فليس حينئذ إلا اعتبار مشروعيه جهه الوقف فى الصحه فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع، و مما ذكرنا يعلم وجه الصحه فى وقف الكافر على بيوت النيران و قرابين الشمس و الكواكب كما هو المحكى عن المقنعه و المهذب و الكافى و الوسيله و السرائر و الدروس و المقتصر، بل و ظاهر النهايه و الجامع، إذ هى إما أن يراد منها الصحه الإقراريه إن كانوا ممن يقرون على ذلك، نحو قولهم بصحه وقف الذمى الخنزير على مثله، أو مبنى على عدم اعتبار نيه القربه فى الوقف، بل و على عدم اعتبار مشروعيه الجهه فى الوقف فى الواقع، لكن عن المختلف و التنقيح التصريح بعدم صحه ذلك، و هو مبنى على إراده الصحه الواقعيه لا الإقراريه، و أن القربه معتبره فيها أو مشروعيه الجهه و الله العالم.

و المسلم إذا وقف على الفقراء انصرف عرفا إلى إراده فقراء المسلمين دون غيرهم و إن كان اللفظ جميعا معرفا، و مقتضاه الاستغراق، إلا أن شهاده الحال عرفا تكفى فى تخصيصه و من هنا لو وقف الكافر كذلك بأن جعل عنوان وقفه الفقراء انصرف إلى فقراء نحلته أيضا لما عرفت بلا خلاف أجده فيهما، و ليس هو من الحقيقه العرفيه حتى يبنى على مسأله تقديمها على اللغويه أو بالعكس كما توهم، بل

هو من القرينه على إراده الاختصاص، بل الظاهر قيامها على إراده فقراء أهل مذهبه، لا غيرهم كما اعترف به بعضهم، بل يمكن إراده الأكثر له، و إن أطلقوا، إلا أنه كان بصدد بيان عدم دخول فقراء الكافرين من حيث كون الواقف مسلما، من المحققين كان أو المبطلين، أما لو فرض كونه إماميا فشاهد هذا الحال الذى ذكرناه بنفسه قائم أيضا على إراده الفقراء من الإماميه دون غيرهم، و هكذا إلا مع القرينه الداله على إراده خلاف قرينه الإطلاق، و كذا لو جعل العنوان فقراء بلد أو بلد مخصوص.

نعم لو لم يكن فى البلد إلا فقراء غير مذهبه، و كان عالما بذلك أتجه حينئذ الصرف إليهم للقرينه، أما إذا لم يكن عالما فلا يبعد بطلان الوقف لعدم الموقوف عليه خلافا لما فى المسالك من أن الأولى الصحه عملا بالعموم المتناول للموجودين و حملا للوقف على الوجه الصحيح، و فيه ما لا يخفى بعد فرض انصراف الإطلاق إلى ما ذكرناه و عدم القرينه إلى غيره.

و لو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلى إلى القبله كما عن الأكثر، بل المشهور، و هى الكعبه المشرفه، أى تدين بالصلاه إليها و إن لم يفعل، خلافا لما عن المفيد من اشتراط الفعل، بل الظاهر ما صرح به غير واحد من دخول أطفالهم و مجانينهم و المستضعفين منهم و نحوهم ممن محكوم بإسلامه شرعا للتبعيه، بل و الإناث و إن كانت الصيغه للذكور، إلا أن المراد منها الجنس.

نعم يخرج عنهم كل من حكم بكفره، و لو لسب و نحوه، و إن انتحل الإسلام كالخوارج و الغلاه و نحوهم ما لم يكن الواقف منهم، و إن احتمال دخولهم فى الرياض، لكنه فى غير محله، من غير فرق فى ذلک كله بين كون الواقف من المسلمين محقا و غيره، للعموم.

و قيل: إن كان الواقف محقا اختص الوقف بقبيلته بشاهد الحال، كما لو وقف على الفقراء، و لمنع صحه الوقف على غير المحق، بناء على اعتبار القربه فيه، و فيه منع شهادته بذلک، و لا تلازم بين اقتضائه فى لفظ الفقراء، و اقتضائه فى لفظ المسلمين، و إلا لاقتضى فى لفظ الناس و بنى آدم و نحوهم، و التعليل بعدم صحه الوقف على غير المحق خروج عن محل البحث، أولا، و ممنوع ثانيا و إن قلنا باعتبار القربه فيه، كما أوضحنا سابقا.

و منه یعلم ضعف ما عن الحلبی من خروج غیر المؤمن إن کان مبناه الحکم بکفره علی وجه لا یجوز الوقف علیه کما أن من ذلک کله یظهر لک الحال فیما أطنب فیه فی الریاض خصوصا بعد ملاحظه کون المرجع فی المسأله الفهم عرفا و لو بشاهد الحال، فإیکاله حینئذ إلی الوجدان کما فی نظائره أولی من إقامه الدلیل و البرهان، و کذا فی الدروس من أن الرجوع إلی الاعتقاد قوی، و إن خفی بنی علی تحقق الإسلام و الکفر و هو فی علم الکلام، و الله العالم.

و لو وقف علی المؤمنین انصرف إلی الاثنی عشریه، و قیل: و القائل الشیخ و جماعه إلی مجتنبی الکبائر منهم التی منها الإصرار علی الصغائر و الأول أشبه لعدم الدلیل علی اعتبار ذلک فی الإیمان بل ظاهر الأدله خلافه بل استقر المذهب الآن علی ذلک بل هو المحکی عن التبین للشیخ قائلا أنه کذلک عندنا، مشعرا بالاتفاق علیه، و عن الحلبی و الدیلمی و کافه المتأخرین، بل ظاهر المصنف و الأکثر علی ما اعترف به بعضهم بل فی الریاض نسبته إلیهم عدم الفرق فی الانصراف المزبور بین کون الواقف منهم أو من غیرهم.

لکن فی المسالک بعد أن ذکر أن للإیمان معنیین، عام، و هو التصدیق القلبی بما جاء به محمد (صلی الله علیه و آله)، و هو أخص من الإسلام، و خاص، و هو أیضا قسمان أحدهما أنه کذلک مع العمل الصالح، فصاحب الکبیره لیس بمؤمن و الثانی الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنی عشر علیهم السلام، و هو المتعارف بین الإمامیه و ذکر ما اقتضاه ظاهر المصنف و الأکثر قال: «و هو مشکل لأن ذلک غیر معروف عنده، و لا قصده متوجه إلیه، فکیف یحمل علیه، و لیس الحکم فیه کالمسلمین فی أن لفظه عام فینصرف إلی ما دل علیه اللفظ، و إن خلاف معتقد الواقف کما تقدم، لأن الإیمان لغه هو مطلق التصدیق، و لیس بمراد هنا و اصطلاحا مختلف بحسب المصطلحین، و المعنی الذی اعتبره أکثر المسلمین هو المعنی العام، فلو قیل بحمله علیه إذا کان الواقف غیر إمامی کان حسنا، أو یقال: إذا کان من الوعیدیه یحمل علی معتقده أو من الإمامیه، فعلی معتقده، أو من غیره فعلی معتقده عملا بشاهد الحال و دلاله العرف الخاص و القرائن الحالیه، و لو کان الواقف إمامیا و عیدیا کما اتفق لکثیر من قدمائنا تعارض العرفان، و لعل حمله علی المعنی المشهور و هو الأخیر أوضح لأنه أعرف» و تبعه علی ذلک فی الریاض.

قلت: قـد يقال: إن نظر الأصـحاب إلى أن هـذا الاختلاف فى مصـداق المؤمن الموجود فى الكتاب و السـنه النبوه و أخبار الأئمه (عليهم السـلام)، و ليس هو تعـدد اصـطلاح منهم، و حينئـذ فمن أوقف أو أوصـى و جعل العنوان المؤمن نفـذ فيما هو مصـداقه واقعا، لظهور إراده الواقع من كل متكلم إذا كان من قبيل لا يعرف اختلاف علمائه فى ذلك، بل لعله كـذلك و إن كان خلاف ما اعتقـده الواقف، إلا أن تكون قرينه على إرادته بوقفه ما يزعم أنه مصداق له، و مجرد الاختيار فى التفسـير لا يصـلح قرينه على ذلـك، و لاـ ريـب فى أن المـؤمن فى العرف السـابق، المصـدق قلبـا بمحمـد (صـلى الله عليه و آله)، و مـا جـاء به، و فى العرف الحادث المصدق مع ذلك بإمامه الأئمه الاثنى عشر (عليهم السلام)، فهم المؤمنون حينئذ حقا.

نعم يعتبر فيهم عدم صدور ما يخرجهم عن الايمان إلى الكفر من سب و إنكار ضرورى المذهب و نحو ذلك، مثل ما سمعته فى المسلم بالنسبه إلى ذلك، بل و بالنسبه إلى إدخال أطفالهم و مجانينهم مما هو محكوم بايمانه بالتبعيه، بل و المستضعف منهم، و كـأنه أشـار إلى بعض مـا ذكرنـا فى الـدروس حيث اعتبر اعتقاد العصـمه فى الاثنى عشـر مع الإمامه، و لعله لأنها من ضـروريات المذهب الذى يقتضـى إنكارها- من أهل المذهب الكفر، و إن نظر فيه فى المسالك قال: «و يلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم من معتقـدات الإمـاميه المجمع عليهـا، و الفتاوى خاليه عنه، و الظاهر يشـهد بخلافه» لكن فيه ما لا يخفى بعـد الإحاطه بما ذكرناه، و الله العالم.

و لو وقف على الشيعه فهو فى عرفنا الآن للإماميه خاصه كما اعترف به فى الرياض، بل فى المسالك حكاه عن بعض من تقدمه، لكن قال: هو غريب بناء منه على أن الشيعى من شائع عليا (عليه السلام) فى الإمامه مقدما له على غيره بعد النبى (صلى الله عليه و آله).

و حينئـذ فينـدرج فيهم الجـاروديه و الإسـماعيليه من فرق الزيـديه دون غيرهم و الكيسـانيه و الواقفيه و الفطحيه و غيرهم، الاـ أن المصنف اقتصر على الجاروديه من فرق الزيديه للقول: بإمامه الشيخين من باقى فرقهم و انقراض الطوائف الأخر.

و على كل حال فالقول بالانصراف المزبور هو المشهور بين الأصحاب كما فى المسالك و لا يختص به فرقه نحله الواقف خلافا للمحكى عن ابن إدريس فقال: «إن كان الواقف من احدى فرق الشيعه حمل كلامه العام عليه، و صرف فى أهل نحلته دون من عداهم، عملا بشاهد الحال» و عن التذكره نفى البأس عنه، و هو كذلك مع فرض قيام قرينه عليه و إلا فالحكم لمصداق اللفظ فى الواقع كالمسلم، و مع فرض الاختلاف فى مصداق الشيعى فالحكم على حسب ما قلناه فى المؤمن، و هو واضح، كوضوح الانصراف الآن من هذا اللفظ- لو كان الواقف اثنى عشريا- إليهم خاصه، و لا يدخل فيه أحد من الجاروديه أو غيرهم و لعل كلام الأصحاب محمول على حال عدم القرينه، فإن الأمر يدور حينئذ على المفهوم واقعا فى نفسه، و من ذلك يظهر لك الحال فيما أورده بعض الناس- ممن قارب عصرنا- على الأصحاب من معلوميه خروج غير الاثنى عشريه إذا كان الواقف واحد منهم كما هو واضح و هكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبه دخل فيها كل من أطلقت عليه إلا أن تكون هناك قرينه صارفه، و هذا هو الضابط فى جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات.

لكن فى المسالك «لا كلام فى ذلك مع اتفاق العرف و الاصطلاح، و مع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف، و بهذا يتخرج الخلاف و الحكم فى الجميع» و هو كذلك مع فرض العرف الخاص، لا القول الخاص فى التفسير كما عرفته سابقا، و لكن لا يخفى عليك عدم تخرج الخلاف على ذلك ضروره عدم النزاع فى تقديم العرفيه الخاصه على غيرها فى لفظ أهلها كما هو واضح.

و على كل حال ف لو وقف على الإماميه، كان للاثنى عشريه خاصه لأنهم المعروفون بهذا الاسم، و الظاهر عدم اعتبار اجتناب الكبائر هنا ممن اعتبره فى المؤمن كما هو مقتضى دليل القائل اما اعتبار العصمه فقد يظهر من الدروس ذلك، و لا يبعد أن يكون التحقيق فيها ما ذكرناه فى المؤمن فلا حظ و تأمل و لو وقف على الزيديه كان للقائلين بإمامه زيد بن على بن الحسين (عليه السلام) ثم لكل من خرج بالسيف من ولد

فاطمه (عليها السلام) من ذوى العلم و الرأى و الصلاح، و ما عن ابن إدريس من بطلان الوقف إذا كان الواقف غير زيدى خروج عن محل البحث.

و كذا الحال لو علقهم بنسبته إلى أب، كان لكل من انتسب إليه بالأبوه كالهاشميين: فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبى طالب (عليه السلام) و الحارث و العباس و أبى لهب، و الطالبيين: فهو لمن ولده أبو طالب (عليه السلام) منهم خاصه بلا خلاف و لا إشكال فى شى ء من ذلك بل و لا إشكال فى أنه يشترك الذكور و الإناث فى ذلك المنسوبون إليه من جهه الأب نظرا إلى العرف إذا كان بلفظ لا يخص أحدهم كالهاشميه و العلويه، بل و الهاشميين و العلويين و نحوهم مما يفهم إراده الجنس منه أو هو مبنى على التغليب و أما المنتسبون إليه بالأم ف فيه خلاف للأصحاب و قد حققنا فى كتاب الخمس عدم دخولهم فى مثل هذه الأسماء التى هى نحو أسماء القبائل، و إن قلنا بكونهم أبناء و أولادا حقيقه، فضلا عن الذريه و نحوهما، فلا يجزى عليهم الحكم الذى عنوانه ذلك كالخمس، بخلاف الحكم الذى- عنوانه الثانى كالنكاح، و لعل المرتضى و من تابعه اشتبه فى حكم العنوانين، لا فى الاندراج فى الموضوعين فلا حظ و تأمل جيدا و الله العالم.

و لو وقف على الجيران رجع إلى العرف كما فى القواعد و كشف الرموز و التذكره و التحرير و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الكفايه على ما حكى عن بعضها، و قواه بعض، و استحسنه آخر، و حكاه فى جامع المقاصد عن جماعه، لأنه المدار فى الألفاظ الصادره من أهله. و قيل: لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا كل ذراع أربعه و عشرون إصبعا من كل جانب و هو حسن بل فى غير كتاب نسبته إلى الأكثر، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى المشهور، بل فى محكى الغنيمه و ظاهر التنقيح الإجماع عليه، بل قيل إنه يلوح أو يظهر من السرائر بل عن موضعين من الخلاف نسبته إلى روايات أصحابنا و إجماعهم، بل قد افتى به من لا يعمل إلا بالقطعيات كالتقى و ابنى زهره و إدريس، و ذكره من عادته التعبير بمتون الأخبار كالمقنعه و النهايه و غيرهما من كتب القدماء، و لعله غير مناف

للأول ضروره أنه تحديد للعرف بذلک، کما هی عاده الشارع فی مثل ذلک، کالوجه و المسافه و نحوهما مما یشک فی بعض الافراد منها، بعدم معرفه التحقیق فی العرف علی وجه یعلم الداخل فیه، و الخارج عنه فیضبطه الشارع الذی لا یخفی علیه الشی ء بما هو حد له فی الواقع، و لیس ذلک منه معنی جدید، و لا إدخال لما هو معلوم الخروج فی العرف و بالعکس.

و من هنا کان ما قیل و إن لم نعرف قائله کما اعترف به فی المسالک من تحدیده بما یلی داره إلی أربعین دارا من کل جانب صغیره کانت أو کبیره ضعیفا جدا، بل فی المتن و هو مطرح و فی غیره شاذ و فی ثالث لیس بشی ء، کل ذلک للقطع بمخالفه العرف له و جعله عرفا شرعیا غیر مجد فی الألفاظ المتداوله بین أهل العرف فی غیره کما هو المفروض.

و إن رواه

جمیل بن دراج فی الحسن أو الصحیح عن أبی عبد الله (علیه السلام)(۱)«حد الجوار أربعون دارا من کل جانب، من بین یدیه و من خلفه، و عن یمینه و عن شماله».

و عمرو بن عکرمه عنه (علیه السلام) أیضا(۲)«قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): کل أربعین دارا جیران من بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله».

و عمرو بن عکرمه عنه (علیه السلام) أیضا فی حدیث طویل فی آخره (۳)«أن رسول الله (صلی الله علیه و آله) أمر علیا و سلمان و أبا ذر أن ینادوا فی المسجد بأعلی أصواتهم بأنه لا إیمان لمن لم یأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثه، ثم أومأ بیده إلی أربعین دارا من بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله».

لکنها محموله علی التقیه من العامه الذین حکموا بذلک (۴)

للمرسل عن عائشه «أن النبی سئل عن حد الجوار، فقال: إلی أربعین دارا»

أو علی إراده جوار الشرف کساکنی النجف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۰- من أبواب أحکام العشره الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹۰- من أبواب أحکام العشره الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸۴- من أبواب أحکام العشره الحدیث ۱.

۴- ۴ المغنی لابن قدامه ج ۴ ص ۵۵۶ طبع دار الکتب العربیه بیروت سنه ۱۳۹۰.

و کربلاء و غیرهما بعنوان المجاوره لقبورهم، أو غیر ذلک، فمن الغریب میل ثانی الشهیدین إلی هذا القول مع شده مخالفته للقواعد الشرعیه، ضروره اقتضائه الوقف أو الوصیه لمن یعلم بعدم إراده الواقف و الموصی إیاه کما هو واضح.

و من ذلک یعلم أن المدار فی التحدید المزبور علی نحو ذلک أیضا، فلو علم بدخول

من خرج عن التحدید فی إراده الواقف حکم بدخوله، و إنما فائده التحدید عنه الاشتباه.

و لو انتهی عدد الأذرع إلی باب الدار خاصه فعن ابن البراج الدخول، و قواه فی الدروس، بل لعله ظاهر محکی المقنعه و النهایه أیضا و کأنه مبنی علی دخول الغایه فی المغیا، و لعله هنا کذلک: أما إذا انتهی إلی أثناء دار فلا إشکال فی الدخول عرفا.

لکن فی المسالک إن انتهی العدد إلی آخر دار أو بین دارین فالحد متمیز، و إن انتهی أثناء دار هل یدخل فی الحد أم لا یبنی علی دخول الغایه فی المغیا مطلقا أم لا أم بالتفصیل بالمفصل المحسوس، فلا یدخل و عدمه فیدخل، و الأقوی تفریعا علیه حینئذ الدخول، و لو وصل المقدار إلی باب داره خاصه، بنی علی ما ذکروا أولی بعدم الدخول هنا، و صرح ابن البراج بدخوله فی عباره ردیه و قواه فی الدروس، و لا یخفی علیک ما فیه ضروره کون المدار فی التحدید دخول من وصل إلیه بعض الحد إنما الإشکال خاصه فیما إذا کانت باب الدار مثلا علی رأس الذراع الأخیر، و هو المبنی علی ذلک کما هو واضح بأدنی تأمل. و لا یعتبر فی الجار عرفا الملکیه، فیدخل حینئذ المستأجر و المستعیر و نحوهما بل و الغاصب فی وجه قوی، و إن کان المحکی عن التحریر عدم استحقاقه، بل حکی عنه التوقف فی المستأجر و المستعیر، و لو باع صاحب الدار داره فسکنها المشتری دخل هو و خرج البائع، و لو عاد عاد الاستحقاق، و کذا المستعیر و المستأجر و غیرهما ضروره دوران الحکم علی التلبس بالوصف وجودا و عدما.

نعم لو غاب غیبه بقصد الرجوع مع بقاء عیاله و عدمه لم یخرج بذلک عن الوصف و إن حصل الوقف حالها الا مع طول المده المقتضیه ذلک عرفا، و لا عبره بتقارب الدور مع عدم السکنی حتی علی الثالث، و إن احتمله فی المسالک، لکنه فی غایه الضعف، ضروره مدخلیه السکنی فی صدق اسم الجار، لا ملک الدار و نحوه، لکن یکفی فیها صدقها عرفا،

فلو كـان له داران يسـكنهما صـدق كونه جار الكل من يليهما مع تردده لكل منهما أما إذا كانت سـكناه فيهما على التناوب و لو بحسب الفصول، ففى المسالك استحق زمن السكنى.

و الظاهر أن القسمه على عدد الرؤوس على الثلاثه، لصدق الجيران عرفا على الجميع و إن دخل بعضهم فى العيال فى وجه قوى.

نعم يخرج العبـد لعـدم قابليته للملك، إن كان المراد الملكيه، لكن فى المسالك لو اعتبرنا عـدد الـدور ففى قسـمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان، و على الثانى يقسم على الدور أولا، ثم يقسم حصه كل دار على رؤس أهلها، و فيه ما لا يخفى من أنه لاـ اقتضـاء فى التحديـد بالـدور و اعتبارهـا نفسـها فى الجوار لاـ ساكنيهـا، بـل المراد هم، و إن كان التحديـد بها كما هو واضح، و الله العالم.

و لو وقف على مصـلحه كمسـجد و قنطره و نحوهما فبطل رسـمها و أثرها بالمره صـرف فى وجوه البر كما هو المشـهور على ما اعترف به غير واحد، بل لم أقف على راد له من الأصـحاب عدا المصـنف فى النافع. حيث نسبه إلى قول، مشعرا بتردده فيه، و قد نسـبه فى محكى المهذب إلى الندره، و غيره إلى الضعف، بل فى محكى السرائر نفى الخلاف فيه، بل قيل ظاهره بين المسلمين، و كـان الـوجه فيه بعـد معلوميه إراده الواقف الـدوام، و لو زعم دوام تلـك المصـلحه، بـل عن جـامع الشـرائع و جـامع المقاصـد التصـريح بكون الفرض ممـا تقتضـى العـاده بـدوامها إلا أنه اتفق بطلان رسـمها على خلاف العاده استصـحاب صـحته، و إطلاق الأدله التى ليس فيها ما يقتضـى البطلان بتعـذر المصـرف المعين، إذ هو ليس مقتضـيا لانتفاء الموقوف عليه الذى هو فى الفرض المسـلمون، كمـا أنه ليس فيها ما يقتضـى الانتقال إلى ما يشابه تلك المصـلحه، فليس حينئـذ إلا الصـرف فى وجوه البر التى هى الأصل فى كل مال خرج عن ملك مالكه لمصرف خاص تعذر، كما ستعرف فى نظائر المقام.

و من ذلـك يعرف مـا فى المسالـك و غيرهـا حتى فيما ذكره من التحقيق الـذى قـد اعترف بتوجه كلام الأصـحاب فيما لو كان الوقف فى مصـلحه مـا شـأنه الـدوام، لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده يحتاج إلى دليل، و هو منتف، و صـرفه فى وجوه البر أنسب بمراعاه غرضه الأصلى

إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه، و إنما توقف فی الوقف علی مصلحه مما تنقرض غالبا کشجر التین و العنب أو مجهوله الحال کالوقف علی مسجد فی قریه صغیره أو علی مدرسه کذلک، بل جزم فی الأول بأنه کمنقطع الآخر، بل هو بعض أفراده، فیرجع بعد انقضائه إلی الواقف أو ورثته علی الخلاف حیث لا یجعله بعده لمصلحه أخری تقتضی التأبید و أما الثانی فقد استشکل فیه من أصاله البقاء فیکون کالمؤبد، و من الشک فی حصول شرط انتقال الملک عن مالکه مطلقا الذی هو التأبید فیحصل الشک فی المشروط فلا یحکم إلا بالمتیقن منه، و هو خروجه عن ملکه مده تلک المصلحه، و یبقی الباقی علی أصاله البقاء علی ملک مالکه.

و لا یخفی علیک ما فیه بعد ما عرفت من ظهور کلمه الأصحاب فی إراده الوقف المؤبد لا ما یشمل منقطع الآخر الذی هو بناء علی مشروعیته ما یراد انقطاعه من أول صدوره و کون ذی المصلحه مما ینقرض غالبا لا ینافی دوام الوقف بعد عدم انحصاره فیها، و إنما هو مصرف فیها حیث یکون، و لو بأن یعود بعد الخراب و إلا فهو وقف علی المسلمین، و یراد حینئذ بوجوه البر ذلک، أو أن المراد تلک الجهه، و لکن قد تعذرت، و تعذرها لا یقتضی البطلان کما عرفت و أن الصرف فی وجوه البر للأصل الذی قد ذکرناه فی کل مال قد تعذر مصرفه، کما یومی إلیه فی الجمله ما فی کثیر من النصوص الوارده فی نحو الوصیه و النذر المعین الذی له مصارف مخصوصه و قد تعذر.

کالخبر(۱)«عن إنسان أوصی بوصیه فلم یحفظ الوصی إلا بابا واحدا منها کیف یصنع بالباقی، فوقع (علیه السلام) الأبواب الباقیه اجعلها فی وجوه البر».

و نحوه

خبر طویل (۲)یتضمن «أنه لو أوصی رجل بترکته إلی رجل و أمره أن یحج بها عنه، قال الوصی: فنظرت فإذا شی ء یسیر لا یکفی للحج، فسألت الفقهاء من أهل الکوفه فقالوا تصدق به عنه، فتصدق به، ثم لقی بعد ذلک أبا عبد الله (علیه السلام) فسأله و أخبره بما فعل،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

فقال: إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكه فليس عليك ضمان، و إن كان يبلغ ما يحج به، فأنت ضامن».

بـل قـد يؤيـده فی الجمله، ما فی جمله وافره من الاخبار(۱)مما يـدل أن ما أوصـی به للكعبه أو كان هـديا أو نـذرا يباع إن كان جـاريه و نحوهـا، و إن كـان دارهـم يصـرف فی المنقطعيـن مـن زوارهـا، علی أن القسم الأول الـذی قـد اعـترف بصـحه كلام الأصـحاب فيه مبنی علی ذلک، ضـروره عدم مدخليه زعمه لدوام المصـلحه فی صحه الوقف بعد فرض بيان فساده، و لو لاتفاق خلاف العاده، إذ لو لم يكن مبنی الصحه ما ذكرناه توجه بطلانه لعدم الموقوف عليه حينئذ و لو فی الفرض النادر. هذا.

و ربما احتمل وجوب الصـرف فی الفرض إلی ما شابه تلک المصـلحه فيصـرف وقف المسـجد فی مسجد آخر، و المدرسه إلی مثلها، اقتصارا علی

المـتيقن، لاحتمـال إراده المثـاليه فيمـا ذكره مصـرفا فی الوقف المراد تأبيـده أو لفحوی مـا دل علی صـرف آلاـت المسـجد بعد اندراسه أو خرابه فی مسجد آخر، علی ملاحظه الشارع الأقرب إلی نظر الواقف.

و لكن قد عرفت إطلاق فتوی الأصحاب الذی مبناه ما قلناه، من استواء القرب كلها فی عدم تناول عقد الوقف لها، و عدم قصده إليهـا بخصوصـها، فلاـ أولويه لبعضـها علی بعض بالنسبه إلی ذلـک، و مجرد المشابهه لا دخل لها فی تعلقه بها، فيبطل القيـد، و يبقی أصـل الوقف من حيث القربه، فيصـرف فی كـل فرد منهـا، و لعـل ذلـک منشـأ مـا ذكرنـاه من الأصـل، و نوقش بأن تحری الأـقرب فالأـقرب ليس من حيث المشـابهه، بـل من حيث دخوله فی نوع المصـلحه الخـاصه، و إن تميزت عنه بالخصوصـيه، فإذا زالت بقی أفراد النوع الآخر الممكنه داخله، فكان الوقف تضـمن أشياء ثلاثه، القربه و المسجديه مثلا، و خصوصيه المسجد، فإذا زال الأخير بقی الأول، لقاعده «الميسور» و «ما لا يدرک».

بل فی المسالک و لعل هذا أقرب، و تبعه فی الرياض، الا أنه أشكله فی الأول بأنه آت فی المصلحه التی تعلم انقطاعها أيضا، مع أن حكم منقطع الآخر متناول لها، الا أن يخص هذا بما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

لاـ يتعلق بمصالح المسلمين، مثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه فى باقى البطون و نحو ذلك، ثم قال (۱)و ليس بذلك، البعيد و للتوقف مجال، و كذا فى الرياض، فإنه بعد أن ذكر مثل ذلك قال: هذا كله فى غير معلومه الانقطاع، أما فيها ففى انسحاب الحكم أو لحاقها بمنقطع الآخر كما يظهر من بعض الأجله وجهان، من إطلاق الفتاوى هنا و ثمه، و الاحتياط لا يترك فى المقام.

و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بجميع ما ذكرناه، بل منه يعلم عدم تحريرهم موضوع البحث عند الأصحاب، و أنه الوقف المؤبد الذى ذكر فيه الصرف على مصلحه خاصه و قد تعذرت، و أنه لا محل هنا لقاعده الميسور، بعد ما سمعت من الأصل و معلوميه عدم قصد الواقف ذلك، إذ لم يصدر منه إلا ذكر المصرف الخاص الذى يرتفع بارتفاع الخصوصيه كما هو واضح.

و لو وقف على وجوه البر الذى هو كما قيل: اسم جامع للخير كله و أطلق صرف فى الفقراء و المساكين و كل مصلحه يتقرب بها إلى الله سبحانه و تعالى بلا خلاف محقق أجده، و إن تعلق بعض وجوهه فى الأغنياء أيضا بعد أن يكون من الخير المأمور يفعله شرعا و لاـ يحب تحرى الأكمل فالاكمل بعد إطلاق العنوان كما هو واضح، و ما عن الوسيله و الجامع من أن سبل البر الجهاد و الحج و العمره: و مصالح المسلمين، و معونه الفقراء و الضعفاء- لا خلاف فيه لما ذكرناه، مع أن العنوان فيه سبيل البر لا وجوهه، و إن كانا هما بمعنى.

و لو وقف على بنى تميم و نحوهم مما هو غير محصور صح و لو بنى آدم و يصرف إلى من يوجد منهم و لاـ يجب عليه تتبع غيرهم، بل لا يجب استيعاب الموجودين على الأصح كما ستعرفه فى المسأله العاشره فى اللواحق.

و قيل: و القائل ابن حمزه منا و الشافعى من غيرنا لاـ يصح لأنهم مجهولون فيعتذر المصرف و الأول هو المذهب بل حكى الإجماع عليه غير واحد صريحا و ظاهرا و اشعارا، مضافا إلى إطلاق الأدله و خصوص

خبر النوفلى (۲)«كتبت إلى أبى

۱- ۱ هكذا فى النسخ لكن الظاهر « و ليس ذلك ببعيد».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث- ۱.

جعفر الثانی (علیه السلام) أسأله عن أرض وقفها جدی علی المحتاجین من ولد فلان ابن فلان، و هم کثیر متفرقون فی البلاد فأجاب (علیه السلام) ذکرت الأرض التی وقفها جدک علی الفقراء من ولد فلان ابن فلان، و هی لمن حضر البلد الذی فیه الوقف، و لیس لک أن تتبع من کان غائبا»

و یمکن حمل کلام المخالف علی ما إذا علم اراده الاستیعاب المفروض تعذره فیه، لا ما إذا علم العدم أو أطلق و حینئذ یکون خارجا عما نحن فیه.

و علی کل حال ففی وجوب استیعاب من حضر علی السویه أو التفاوت أو یکفی الصرف إلی أحدهم

کالزکاه أو إلی الثلاثه التی هی أقل الجمع مع فرض کون العنوان جمیعا بحیث یأتی تحقیقه عند تعرض المصنف له فی المسأله العشره و الله العالم.

و لو وقف علی الذمی جاز کما عرفت البحث فیه مفصلا لأن الوقف تملیک، فهو کإباحه المنفعه التی لا إشکال فی جوازها له، و لکل من لم تنه عن موادته من الفرقه الباطله و قیل: لا یصح، لأنه یشترط فیه نیه القربه و هی مفقوده فیه و فی کل فرقه غیر محقق، و فی أصل الاشتراط منع قدمناه، و علی تسلیمه نمنع فقده بعد فرض مشروعیته لشمول العمومات له، فإنه نفسه حینئذ قربه.

و قیل لا یصح الا علی إحدی الأبوین المأمور بمعاشرتهما بالمعروف، و قیل یصح علی ذوی القرابه خاصه.

و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، کما عرفت الکلام فیه مفصلا، و کلام المصنف صریح أو کالصریح هنا فی عدم اشتراط نیه القربه فیه و الله العالم.

و کذا یصح علی المرتد کما فی القواعد و المسالک، لکن قیداه بما إذا کان عن مله و زاد فی الأخیر الفطری إذا کان امرأه، و لم أجد شیئا من ذلک لغیرهم، بل الذی عثرت علیه من محکی التذکره و الإیضاح و جامع المقاصد علی الجواز فی الملی، فضلا عن الفطری الذی قد صرح بعدم جواز الوقف علیه الشهیدان أیضا و غیرهم، بل لم نعرف فیه خلافا، عدا ما یحکی عن التذکره أنه حکی فیه قولا و لم نعرفه بل و لا وجهه، بناء علی عدم قبول توبته،

و عـدم قابليته للتملك، كما صـرح به فى المسالك، بل و على تقدير قبول توبته، فلا أقل من أن يكون حينئذ مساويا للملى الذى قد عرفت التصريح أيضا بعدم جواز الوقف عليه، و لعل الوجه فيه ما سمعته فى الحربى، ضروره عدم إقراره على دينه الذى يرجع إليه و قبول توبته لاـ يخرجه عن الحربى الـذى نهينـا عن موادته، و إن كان مقبول التوبه فيجرى حينئـذ ما يجرى فيه، و قـد عرفت عدم جواز الوقف عليه، و إن قال المصـنف هنا و فى الوقف على الحربى تردد، أشـبهه المنع لكن قد عرفت الكلام فيه مفصلا، و الله العالم.

و لـو وقـف و لم يـذكر المصـرف بطـل الوقـف على المشـهور بـل لم أقف فيه على مخـالف الاـ ابن الجنيـد كمـا اعـترف به فى المسالك بل قد سمعت فيما سبق إجماعى الغنيه و السرائر على كونه معروفا متميزا، بل لعل كون الموقوف عليه من أركان العقد من ضـروريات الفقه، بل لعل ابن الجنيـد غير مخالف فى ذلك، فإن المحكى عنـده لو قال: صدقه لله و لم يذكر من يتصدق بها عليه جاز ذلك و كانت فى أهل الصدقات التى سـماهم الله تعالى و هو ليس خلافا فى أصل اعتبار الموقوف عليه، بل هو دعوى انصراف ذلك إلى أهل الصدقات، و ليس بأبعد من انصراف الوقف على مصلحه المسلمين باعتبار عودها إليهم.

و لعله لـذا مـال إليه فى المختلف، و اقتصـر فى الـدروس على نقـل القولين مشـعرا بالتردد بل ربما يؤيـده معلوميه صـحه الوصـيه بالثلث، و إن لم يعين مصـرفه، و دعوى- عدم جواز ذلك أو اختصاص الوصيه به دون الوقف مع أن كلا منهما عقد- كما ترى، و كـذا نـذر الصـدقه بالمـال، و حينئـذ فلاـ وجه لرده بأن الوقف يقتضـى التمليك المسـتلزم لـذات تقويم به، كما فى كل عرض بالنسبه إلى جوهر، بل لا يخلو قوله من قوه.

نعم لو فرض ملاـحظه الواقف عـدم موقوف عليه اتجه البطلاـن فيه، بـل و فى المصالـح أيضـا و نحوهـا، و أما إذا كان يكفى فى ملاحظه ما يرجع إليه فهو مستحق فى المقام فتأمل جيدا.

و كذا لو وقف على غير معين كأن يقول: على أحد هذين، أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكل باطل بلا خلاف أجده، بل فى المحكى من إجماعى الغنيه و السـرائر اعتبار كونه معروفا متميزا مضافا إلى ما عرفت، من اقتضاء الوقف التمليك الـذى لا بد له من مالك

معين، و لو فى ضمن عام أو مطلق، و لا يعقل تمليك ما ليس بمعين.

و لما فى المسالك من أن الوقف حكم شرعى، فلا بد له من محل معين يقوم به، كما يفتقر مطلق العرض إلى المحل الجوهرى، و أحد الأمرين كلى لا وجود له خارجا، و إن كان كل واحد منهما موجودا خارجا، و مقتضاه اختصاص البطلان بالمبهم الذى لا يتقوم فى فرد فى الخارج، أما لو كان الموقوف عليه أحدهما الصادق فى كل منهما فلا بأس به، و لعله لقابليته حينئذ التمليك كغيره من المفاهيم الكليه المالكه و المملوكه، و لا دليل على اعتبار العلم فى الموقوف عليه على وجهه تقدح فيه مثل هذه الجهاله.

و لا ينافى ذلك ما فى القواعد من الحكم بالبطلان فى رجل غير معين أو امرأه كذلك بناء على إرادته المبهم الذى لا يتحقق فى فرد، و لا يعقل تمليكه بل و لا تملكه، لا فى الاكتفاء فيهما بالإطلاق و العموم، و لا يتوهم الانحلال ما ذكرناه إلى الوقف عليهما ضروره اقتضاء ذلك التصنيف بينهما، و جواز تناول كل منهما من حيث انه مصداق لأحدهما لا يقتضى الوقف عليهما من حيث الخصوصيه كما هو واضح.

و إذا وقف على أولاده، أو اخوته أو ذوى قرابته، اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور و الإناث و الأقرب و الأبعد بعد فرض التساوى فى صدق القرابه عرفا و التساوى فى القسمه، إلا أن يشترط ترتيبا فيهم أو اختصاصا لبعضهم على بعض أو تفضيلا له على آخر، بزياده النصيب و لو للأنثى أو الأبعد، بلا خلاف معتد به أجده فى شى ء من ذلك، بل و لا إشكال ضروره اقتضاء الإطلاق ذلك كاقتضاء قاعده

«المؤمنون»

و «الوقوف على ما اشترطه»،

و ما عن الإسكافى من أن للذكر مثل حظ الأنثيين فى الوقف على الأولاد و الذريه فى غير محله، الا أن يريد الوقف عليهم على حسب الإرث لا مع الإطلاق الظاهر فى التساوى كما هو واضح.

نعم الظاهر خروج الإناث مع فرض كون الضيعه تخص الذكور، الا مع القرينه و ما فى المسالك و غيرها- من أن الإناث يدخلن تبعا فى اللفظ المختص فى مثل هذه الإطلاقات، كما يدخلن فى الأوامر الشرعيه المختصه بالذكور إجماعا- كما ترى، ضروره الفرق بينهما بمعلوميه

دلیل الاشتراک فیها دون المقام الا مع فرض القرینه علی اراده الجمیع کما هو واضح.

و لو وقف علی أخواله و أعمامه تساووا جمیعا لاشتراکهم فی أصل الوقف الظاهر فی التسویه، بلا خلاف أجده فیه، و إن حکی عن ابن الجنید، لکن لم أتحققه و إنما المحکی عنه أنه

روی عن الباقر (علیه السلام)(۱)«و إذا أوصی بشی ء معین لا عمامه و أخواله کان لا عمامه الثلثان، و لأخواله الثلث»

و الروایه لیست فتوی، و الوصیه غیر الوقف، و علی تقدیره فهو واضح الضعف.

و إذا وقف علی أقرب الناس إلیه ففی القواعد و غیرها بل المشهور هم الأبوان و الولد، و إن سفلوا، فلا یکون لأحد من ذوی القرابه شی ء، کما لم یعدم المذکورون ثم الأجداد و الاخوه و إن نزلوا، ثم الأعمام و الأخوال علی ترتیب الإرث، لکن یتساوون فی الاستحقاق، إلا أن یعین التفضیل لتساویهم فی سبب الاستحقاق، لکن فی محکی المبسوط أن المتقرب بالأبوین من الاخوه، الأقرب مطلقا، لأن الانفراد بقرابه یجری مجری التقدم بدرجه.

و قواه فی محکی المختلف، بل اختاره فی محکی التحریر بل زاد الأعمام و الأخوال فجعل المتقرب بالأبوین منهم مقدما علی غیره و إن کان متقربا بالأم الذی عن بعضهم استبعاد دخوله، و خروج المتقرب بالأب. لکن فی الجمیع أن مبنی کلام الأصحاب تعلیق قصد الواقف علی مفهوم الأقرب فی الواقع الذی کشف عنه الشارع بما ذکرناه فی المیراث الذی سببه آیه(۲)«وَ أُولُوا الْأَرْحامِ»* لأن الناس لا یعلمون أیهم أقرب إلیهم.

نعم لو کان قصد الواقف علی ما هو أقرب فی ظاهر ما عندنا من العرف اختلف مع المیراث فی کثیر من الافراد، لا فی خصوص ما ذکروه کما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۲- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ سوره الأنفال الآیه- ۷۵.

[القسم الرابع فی شرائط الوقف]

القسم الرابع فی شـرائط الوقف و هی أربعه: الـدوام، و التنجیز، و الإقباض، و إخراجه عن نفسه بلا خلاف أجده فی الأول بمعنی عدم توقیته بمده کسـنه و نحوها، بل الإجماع محصله و محکیه- فی الغنیه و عن الخلاف و السرائر- علیه، و بذلک یخص عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)بنـاء علی أنه منهـا، بـل و عمومـات الوقف أیضـا إن لم نقـل باعتبار ذلک فی مفهومه کما هو ظاهر تعبیره عنه بالشـرطیه، و الا فلا شمول فیها له حینئذ، و حینئذ فلو وقفه و قرنه بمده بطل قطعا مع فرض ارادته وقفا، أما إذا لم یعلم فهل یکون التوقیت قرینه علی ارادته

حبسا، کما صار التأیید قرینه علی اراده الوقف لو کان اللفظ حبسا و لو لا صاله الصـحه، صرح المصنف و الشهیدان فی الدروس و المسالـک و الروضه بالأـول منهمـا، و فی جـامع المقاصـد فیه قـوه، لکن قـد ینـاقش بعـدم صـلاحیه ذلـک صارفـا عن المعنی الحقیقی، و لو بملاحظه أصاله الصحه التی لا مدخلیه لها فی الدلاله علی المقصود الشامل للصحیح و الفاسد بعد ظهور اللفظ فی الحقیقه المقتضیه للفساد.

نعم لو قیل: بصـیرورته حبسا و أن قصد معنی الوقف بدعوی أنه قدر مشترک بینهما کما عساه یظهر من بعضـهم، و أن تشخیص کـل منهمـا یحصـل بـذلک و نحوه کـان متجهـا إلاـ أنه کما تری، ضـروره تباینهما مفهوما حتی بالنسـبه إلی تملیک العین و إن اشترکا فی شـی ء فی الجمله نحو اشتراک البیع و الصـلح مثلا فی نقل العین علی أنک قـد عرفت فیما مضـی أن التمییز علی هذا الفرض منحصر فی القصد حینئذ فمع فرض عدمه یبطلان معا کما هو واضح.

و من هنا قال فی المسالک تبعا لجامع المقاصـد، بعـد أن ذکر التعلیل المزبور أنما یتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقیقی وجب القطع بالبطلان، و إن ناقشه فی الریاض بأنه کـذلک بناء علی المختار من اشتراط الـدوام، و أما علی مختاره من التردد فی اشتراطه، فلا وجه للقطع به، و لعل مراده علی تقدیر اشتراطه، و لکن یدفعها ان تردده فیه بالنسبه إلی المسأله الآتیه، لا بالنسبه إلی التوقیف الذی لم نعرف قولا بصحته، بل و لا احتمالا.

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

و من ذلـك يظهر لك أن ما أتعب به نفسه- حتى أنه ذكر أدله المسأله الآتيه و ما فيها من الشـهره و غيرها فى هـذه المسأله- فى غير محله و اشـتباه، و كـان الـذى أوقعه فى ذلـك مـا فى الكفـايه من نسـبه القول باعتبار الـدوام إلى جماعه، و فرع عليه الاقتران بمده، إلا أنه لم يذكر فيه أيضا قولا بالصحه وقفا بخلاف المسأله الآتيه، فإنه هو قد اختار الصحه وقفا.

كما أنه غره فى الاستدلال فى المقام على الصحه حبسا بالصحيحين فقال: الأظهر الاستدلال عليه ب

صحيـح ابن مهزيار(۱)«قلت له: روى بعض مواليـك عن آبائـك عليهم السـلام أن كـل وقـف إلى وقت معلـوم فهـو واجب على الورثه، و كـل وقف إلى غير وقت جهـل مجهول فهو باطل مردود على الورثه، و أنت أعلم بقول آبائك (عليهم السـلام)، فكتب (عليه السلام) هو كذلك عندى».

وصحيح ابن الصفار(۲)«كتبت إلى أبى محمـد (عليه السـلام) أسأله عن الوقف الـذى يصـح كيف هو، فقـد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثه، و إذا كان موقتا فهو صـحيح ممضـى، و قال قوم: ان الموقت هو الـذى يذكر فيه أنه وقف على فلاـن و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله عز و جل الأرض و من عليها، قال: و قال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و

الـذى غير موقت ان يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك، و ما الذى يبطل؟ فوقع (عليه السـلام): الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله تعالى»

ثم قال: و هما و إن دلا ظاهرا على الصـحه وقفا الا أن حملهما على الصـحه حبسا متعين جدا، جمعا بينهما و بين ما دل على كون التأبيد شرطا و رجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثا فإنه من لوازم الحبس كما يأتى إن شاء الله تعالى.

و فيه انه لاـ وجه لمـا ذكره فى الصـحيح الثانى المشـتمل على تفسير الموقت فيه بما سـمعت، بل هو شاهـد على إرادته أيضا من الصحيح الأول كما ذكره شيخ الطائفه خصوصا بملاحظه كونه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۲.

المعروف فيما بينهم من السؤال و النزاع فيه، لا المقرون بمده الذى لم يعرف قديما و حديثا قول بصحته وقفا، و لا أقل من احتمال ذلك فيها على وجه يرتفع ظهورها، فكيف يصح الاستدلال بها؟

و منه يعلم كون المراد من معاقد الإجماعات على اعتبار الدوام عدم التوقيت بمده كما هو صريح ابن زهره و غيره، و إلا كان ما تسمعه منهم من الخلاف فى صحته وقفا لو وقف على من ينقرض غالبا متدافع مع ذلك، ضروره منافاته للإجماع على اعتبار الدوام المنافى لذلك.

و دعوى كون النزاع فى صحته حبسا و عدمها لا وقفا لا يخفى بطلانها على من له أدنى ممارسه و دربه كدعوى الاستدلال بعموم الجواب فى الثانيه على المطلوب، ضروره كونه كما ستعرف دالا على الصحه منقطعا لا الحبس، و بذلك كله ظهر لك الخلط فى كثير من الكلمات المتأخرين فى تحرير موضوع المسأله الذى قد عرفت أنه لا كلام فى بطلانه وقفا فى الاقتران بمده، و إنما الكلام فى صحته حبسا بمعنى أن ذلك قرينه على قصده الحبس أولا، و قد سمعت الحال فيه.

و كذا قد سمعت غير مره اعتبار التنجيز فى كل سبب شرعى إلا ما خرج و أنه يبطل لو علق شيئا بصفه متوقعه الحصول فيما يأتى، بل أو متيقنه بلا خلاف و لا اشكال كما تسمع تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

و كذا ظهر لك الحال فى الجمله لو جعله وقفا لمن ينقرض غالبا، كأن يقفه على زيد و يقتصره أو يسوقه إلى بطون ينقرضون غالبا، أو يطلقه فى عقبه و لا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض و إن هذه مسأله ثانيه لا تتفرع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور و تحقيق البحث فيها أنه لو فعل ذلك قيل: يبطل الوقف كما عن المبسوط إرساله أيضا و لكن لم أتحقق قائله.

نعم فى القواعد و محكى الوسيله و جامع الشرائع و الإرشاد و المختلف و التنقيح و المقتصر و إيضاح النافع و جامع القاصد و المسالك و الروضه، و كذا الروض التصريح بكونه حبسا،

و هو يوهم فى بادى النظر ذلك لكن من المحتمل إرادتهم الحبس حكما كما يقضى بذلك بعض كلماتهم، بل هو صريح المختلف و المسالك و فى جامع المقاصد بعد أن حكى عن التذكره عدم نقل العين منه إلى الموقوف عليه، معللا له بأن ذلك فى المؤبد منه قال: فعلى هذا أقسام الوقف كان حبسا، و حينئذ فالنزاع يرجع إلى التسميه فقط» انتهى.

و قيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون بمعنى أنه يصح وقفا كما هو صريح جماعه، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى الشيخين و المختلف و التذكره و أكثر الأصحاب بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناء على إراده المساواه فى الحكم من التصريح بكونه حبسا.

و بذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب فى المسأله، ففى المختلف و محكى الإيضاح نسبه صحته وقفا إلى الشيخين و ابن الجنيد و سلار و ابن البراج و ابن إدريس، و قال ابن حمزه «يكون حبسا بلفظ الوقف»، و عن المهذب البارع مثل ذلك، و فى التنقيح نسبته إلى النافع و الشيخ و ابنى حمزه و إدريس و العلامه فى محكى المقتصر أنه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف و نسبه إلى الشيخين و تلميذهما و أبى على و ابن إدريس و المحقق فى النافع و قد سمعت ما فى جامع المقاصد، و لا تلتئم كلماتهم إلا على ما ذكرنا مؤيدا بأن المفهوم من أدلتهم و عنوانهم و غير ذلك كون البحث فى صحه الوقف المنقطع آخره و بطلانه، و من المعلوم أن المراد مع قصد الوقفيه، و هذا لا يمكن القول بصحته حبسا، ضروره كون الحبس عقدا آخر يحتاج إلى قصد مستقل و هو مباين لقصد الوقف المقتضى لنقل العين للموقوف عليه و خروجها عن الواقف بخلاف الحبس فلا يتصور حينئذ القول به فى مفروض المسأله الأعلى إراده المساواه له فى الحكم كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم القول بالحبس فى مسأله أخرى و هى أنه بعد البناء على بطلان الوقف المنقطع لو عبر بلفظ وقفت و جعل متعلقها منقرضا، فهل يكون ذلك قرينه على قصد الحبس دون الوقف نحو ما سمعته فى الاقتران بمده، و هذه مسأله لفظيه لها طريق آخر من الاستدلال لا نحو هذا المذكور فى كلماتهم، و قد عرفت تحقيق الحال فى نظيرها، و هى الاقتران بمده.

و من ذلک یظهر لک ما فی جامع المقاصد و المسالک من ذکر أقوال ثلاثه، أحدها الحبس فی مفروض مسأله المتن و غیره من کتب الأصحاب التی هی صحه الوقف المنقطع و عدمها، و أعجب من ذلک ما أطنب فی الریاض من أن المسأله ذات قولین: أحدهما البطلان مطلقا، و الآخر الصحه و المراد الصحه حبسا لا وقفا، و استشهد علی ذلک بتصریح جماعه ممن قال بالصحه بانتقال العین الموقوفه بعد الانقراض إلی الواقف و ورثته، و هذا من لوازم الحبس فتکون کلمه القائلین بالصحه متفقه علی إراده الصحه حبسا لا وقفا، و هو من غرائب الکلام، و ما کنا لنؤثر وقوع ذلک منه خصوصا بعد قول جماعه منهم بالانتقال إلی ورثه الموقوف علیه.

و قول آخر أنه یصرف فی وجوه البر و تصریح غیر واحد بأن الأکثر علی صحته وقفا، بل التتبع یشهد به، بل قد عرفت عدم إمکان تصور القول بصحه ذلک حبسا، و ما ذکره من اللازم المزبور کاد یکون صریحا بخلافه، ضروره ظهور کلام بعض و صریح آخر بعود ذلک الی الواقف بعد الانتقال إلی الموقوف علیه، و هذا لا یکون فی الحبس الذی لم تنقل فیه العین عن المالک، و المصرح ببقاء العین هنا- مع ندرته- مدع أن هذا الوقف له حکم الحبس، و انما الذی یخالفه الوقف المؤبد دونه، و بالجمله لا ینبغی التأمل فی ضبط تحریر المسأله منه و من غیره و التحقیق ما عرفت.

کما أن التحقیق فیها القول بالصحه و أنه هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لا لکثیر مما ذکروه مما هو محل للنظر، بل لأصاله عدم الاشتراط المستفاده من عموم أدله العقود و خصوص أدله الوقف، سیما نحو

قولهم (علیهم السلام) «الوقوف علی حسب ما- یوقفها(۱)»

و خصوصا الصحیحان المزبوران (۲)الظاهران أو الصریحان بعد تفسیر أحدهما بما فی الآخر فی أن الوقف الموقت المحکوم فیهما الأعم من القسمین، بل هما ظاهران أو صریحان لمن وهبه الله تعالی قریحه نقاده فی أن کل وقف موقت صحیح، و کل وقف غیر موقت باطل مردود

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث ۱- ۲.

على الورثه، ففى مثل المفروض هو موقت ما دام الموقوف عليه موجودا، و غير موقت إذا انقرضوا فيثبت له حكم كل منهما من الصحه و الفساد، ضروره أن

قوله (عليه السلام) فى الصحيح الأول «هو كذلك عندى»

تقرير للكليتين المفسرتين بالصحيح الآخر الذى هو كالصريح فى صحه الوقف بالتفسير الثانى منهما و هو مفروض مسألتنا فالجمع بينهما حينئذ نتيجه ما ذكرناه.

بل من قوله «على حسب» إلى آخره، يستفاد أيضا اعتبار الموقوف عليه فى الصحه و إلا لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ حسب هنا، كما أن منه يستفاد تأثير عقد، الوقف بالنسبه إلى نقله العين و المنفعه على حسب ما تضمنه العقد، و ما زاد عليه مما لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقت الذى حكم ببطلانه و رجوعه إلى الوارث.

بل لا يخفى ظهور قوله (عليه السلام) فى الصحيح الأول باطل مردود على الورثه فى نحو المفروض، لظهور لفظ الرد فى ذلك، و كذا الورثه إذ لو كان المراد خصوص الباطل من أول الأمر لكان الرد فيه على الواقف الذى لم ينتقل عنه حتى يرد عليه، فتأمل جيدا.

و دعوى- أن ملك العين لا يكون إلى أمد، و أنها متى خرجت عن ملك المالك يحتاج عودها إلى سبب جديد- واضحه الفساد، لا لما فى المسالك من النقض بالحبس و إخوته، ضروره اقتضائها نقل المنافع إلى العين التى لا إشكال فى بقائها على ملك المالك فى الثلاثه، بل لأنها كالاجتهاد فى مقابله النص و الفتوى فى الوقف الذى قد شرع نقله على هذا الوجه، و لذا يتغير بتغيير الأوصاف التى منها الحياه و الموت، و الفقر و الغنى، و العلم و الجهل، و غير ذلك و فى الجميع يتلقى الثانى الملك عينا و منفعه من الواقف لا من زائل الوصف.

و حينئذ فلا بأس فى مفروضنا من دعوى كون العين المملوكه للموقوف عليه المفروض انقراضه ما دام موجودا مثلا و بعده تعود إلى الواقف، لأن عقد الوقف بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه انما اقتضى نقلها عن المالك ما دام الموقوف عليه غير منقرض، و متى صار غير موقت صار باطلا مردودا على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأول، فلا يحتاج حينئذ إلى سبب جديد، بأن الناقل عن مقتضى الملك إنما نقل هذا المقدار، و ليس هذا من

التوقيت فى الملك أو فى الوقف الذى قد حكينا الإجماع على عدم جوازه، ضروره كون ذلك الذى قد أخذت فيه المده غايه، لا ما إذا جائت تبعا لانقراض الموقوف عليه فالعود إلى الملك بانتهاء سبب النقل كالعود بسبب الفسخ بالإقاله و الخيار اللذين ليسا سبب ملك جديد للمال، الذى خرج عن ملك المالك، و إنما هما سبب فسخ للسبب الذى اقتضى النقل، فعاد مقتضى السبب الأول على حاله، بل لعل ذلك هو الأصل فى بطلان كل سبب طار على السبب الأول الذى منه ما نحن فيه كما هو واضح.

و من ذلك كله ظهر لك أنه لا وجه للقول بانتقاله إلى ورثه الموقوف عليه كما فى المقنعه و محكى السرائر، بل ربما حكى عن سلار أيضا، بل مال إليه أو قال به الفاضل فى محكى التحرير، باعتبار كونه ملكا لمورثهم، إذا المورث إنما ملكه على الوجه المزبور فلا يدخل فى تركته حتى تشمله أدله الإرث.

و كذلك القول بصرفه فى وجوه البر الذى جعله فى الغنيه أحوط، و نفى عنه البأس فى المختلف، إذ هو إما مبنى على بقائه وقفا و ترك ذكر المصرف فيه فيصرف فيها أو على أنه مال جهل مالكه، و لو من حيث الأدله الشرعيه بمعنى عدم دليل بالخصوص يشخص مالكه و كلاهما كما ترى، ضروره عدم صحه بقائه وقفا، بعد فرض أن الواقف لم يقصد بوقفه الا على خصوص المفروض انقراضهم، و قد عرفت

أنه (عليه السلام) قال: «الوقوف على حسب، ما يوقفها أهلها(۱)»

فبقاؤه وقفا حينئذ و صرفه فى ذلك مناف للعنوان المزبور قطعا.

و أما دعوى كونه مجهول المالك شرعا فيدفعها ما عرفت من أن عقد الوقف لم يقتض إلا الإخراج عن الملك بالقدر المزبور، و ما عرفت من التصريح برجوع الوقف إلى الورثه و أنه المراد بعدم التوقيت الذى منه ما نحن فيه بعد الانقراض.

نعم قد يتوقف فى انتقاله مع فقد الواقف إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه، باعتبار صيرورته بحكم ماله فى ذلك الوقت، فلا مدخليه

للوارث السابق الذى كان وارثا للمال الذى هو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ۲.

للميت حال موته، أو إلى الوارث الأول باعتبار تأهل الميت لصيرورته ملكا له بانقراض الموقوف عليه، لأن الملك إنما خرج عنه متزلزلا و هـذا التأهل يتنقل إلى وارثه، لأن كل ما هو له يكون لوارثه، فهو حينئـذ كفسخ المشترى بخياره بعد موت الميت بمده، فـإنه يكون المبيع للوارث الأول، و لو لأن انتقال المبيع عنه كان متزلزلا، بفسـخ المشترى. إذ هو هنا كـذلك قـد انتقل المال عنه متزلزلا.

و لعل الثانى منهما لا يخلو من قوه، و إن أمكن الفرق بين المشبـه و المشبـه به، بوجود الثمن فى البيع الذى ملكه البائع متزلزلا، و الفسخ يقتضى رد العوض بخلاف المقام إلا أنه فرق لا ينافى ما ذكرناه من القوه التى مبناها تناول أدله الإرث لمثل ذلك.

و بذلك كله ظهر لك وجه القول بالرجوع إلى ورثه الواقف على فرض الصـحه وقفا. و أما دعوى أن الفرض و إن كان وقفا إلا أنه لا يفيـد الا مفاد الحبس- حتى ذكر بعضـهم نـدور الثمره فى الفرق بينهما، و انما هى فى النـذر و الوصـيه، و النيه المصـححه لمثـل هـذا الوقف إن كـان متعلقها الحبس و المفسـده له إن كان الوقف، و نحو ذلك فلا يفيـد حينئـذ نقل العين إلى الموقوف عليه، و إن أفـاده فى المؤبـد- فيـدفعها ظهور أدله الوقف فى اتحـاد مقتضاهـا فى جميع أفراده، و إلا لاقتضـى التوقف حينئـذ فى الحكم بملك العين و عدمه فى نحو الفرض المحتمل لانقراض الموقوف عليه و عدمه و هو معلوم البطلان كما هو واضح.

و من الغريب دعـوى هؤلاـء كون الفرص من الحبس، و قولهم بنـدور الثمره بينه و بين الحبس، ضـروره عـدم معقوليه ذلـك إلا على جعله وقفا، كى يتجه ظهورها بمثل النذر و اليمين، و كل ذلك ناشئ من عدم تحريهم المسأله على وجهها.

و لاـ يخفى عليـك بعـد الإحـاطه بمـا ذكرنـاه مـا فى كثير من الكلمات فى المقام- فضـلا عما فيها من التشويش، و الله الهادى و الحافظ من زلل الاقدام و الأقلام- و لا ما فى دليل القول بالبطلان الذى أرسـله الشيخ المبنى على دعوى اعتبار الدوام فى الوقف على وجه يشـمل الفرض- و هى مصـادره محضه، كـدعوى رجوع ذلـك إلى التوقيت الـذى قـد عرفت بطلاـنه، للفرق الواضـح بينهما- و على أنه يكون وقفا على مجهول و هو باطل و فيه أن المجهول إن أريد به بالابتداء فظاهر

فساده، و إن أريد به بعد الانقراض فليس هناک موقوف عليه أصلا، فلا يحكم عليه بالجهاله، إذ بعد انقراضه يبطل الوقف و يصير موروثا كما عرفت.

و كذا ظهر فلک الحال أيضا فيما ذكره المصنف و غيره بقوله فإذا انقرضوا رجع إلى ورثه الواقف، و قيل: إلى ورثه الموقوف عليهم و قيل: يصرف فى وجوه البر و أن الأول أظهر و أشهر بل المشهور، و الله العالم.

هذا كله فيما لو حصل الانقراض فى الموقوف عليه، أما مع فرض دوام له و ان كان محتملا من أول الأمر، فلا وجه لاحتمال البطلان حينئذ، فلو قال: وقفت على أولادى و نسلهم، فان مات الأولاد و لا نسل، فعلى إخوتى، فإذا انقرض النسل فعلى الفقراء، و اتفق حصول النسل و انقراضهم، صح الوقف بلا اشكال لعموم

«الوقوف (۱)»

و غيره لكن فى الدروس ربما احتمل البطلان على تقدير انقراض النسل، لأنه تأبيده حال العقد، و هو كما ترى، لأن المصحح صرفه إلى جهه مؤبده و إن لم تكن معلومه الوقوع و من ثم لو بقى النسل أبدا صح الوقف، كما أن ما ذكرناه من الصحه إنما هو فى منقطع الآخر بخلاف منقطع الأول الذى قد عرفت سابقا بطلانه، خلافا للشيخ، و أما منقطع الوسط فالظاهر الصحه إليه ثم البطلان بعده، فلو وقف مثلا على زيد ثم على عبده ثم على المساكين صح على زيد، و بطل فى العبد و المساكين.

لكن فى الدروس احتمال صحته فى الطرفين، و بطلانه فى الوسط، و صرف غلته فيه إلى الواقف أو وارثه، و كأنه مبنى على مختار الشيخ من اجراء حكم تبعض الصفقه فيه الذى قد عرفت بطلانه فيما تقدم، و احتمال الاستدلال له بالكليتين فى الصحيح السابق يدفعه معلوميه تقييد ذلک بما إذا لم يحصل للوقف مبطل آخر من تعليق و نحوه فتأمل.

نعم قد يحتمل البطلان على زيد أيضا باعتبار عدم حصول سلسله الترتيب، فلم يكن الوقف حينئذ على حسب ما وقفه أهله، و منه يظهر الفرق حينئذ فى منقطع الآخر بين أن يكون لعدم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۲.

ذکر موقوف علیه، و بین من کـان لترتیب من لاـ یصـح الوقف علیه، لکن فیه أن الظاهر من ذلک عـدم ملاحظه الواقف الترتیب بالنسـبه إلی ذلـک، و إنمـا الظاهر ملاحظته بالنسـبه إلی اعتبار المتقـدم فی المتأخر لا العکس، إلا مع القرینه المقتضـیه لملاحظه الترتیب فی کل منهما، و حینئذ یتجه البطلان بفساد شی ء من السلسله فتأمل.

و لو وقف علی أبنیه ثم علی الفقراء فمات أحدهما ففی الدروس الأقرب صـرف نصـیبه إلی أخیه، لأن شرط الصرف إلی الفقراء انقراضهما و لم یحصل، و یمکن جعله منقطع الوسط فیکون نصیب المیت لأقرباء الواقف، و یمکن جعله للفقراء عملا بالتوزیع.

و فیه أن صـرف نصـیبه إلی أخیه مع عـدم کون ذلـک من الواقف لاـ وجه له فیتعین انقطاع الوقف حینئـذ بالنسـبه إلیه و تختص صحته فی نصـیب الآـخر خـاصه و منه یعلم الحال فیما احتمله فیها أیضا فیما لو حبسه علی أبنیه ثم مات أحـدهما احتمل صـرف نصـیبه إلی الحابس أو وارثه، و یحتمل صرفه إلی الآخر لأنه مصرف الحبس فی الجمله، و لو وقفه علی ولده سنه ثم علی الفقراء أو مده حیاه الواقف علی ولده ثم الفقراء ففی الدروس «صح و نقل فیه الفاضل الإجماع، لأنه وقف مؤبد فی طرفیه و وسطه».

قلت: لکن فیه أنه منـاف لاـشتراط الـدوام بـالمعنی الـذی ذکرنـاه سابقا، اللهم إلا أن یحمل ذلک علی اراده تقییـد أصل الوقف بمده، لا تقییده بالنسبه إلی خصوص موقوف علیه فتأمل جیدا.

و لو وقف علی أولاـده و شـرط أن یکون غلته العـام الأـول لزیـد و الثـانی لعمرو و هکـذا و بعـدهم علی الفقراء ففی العام الأول لعلمائهم و فی الثانی لزهادهم، و فی الثالث لشیوخهم اتبع شرطه، کما فی الدروس

لعموم «المؤمنون»

و «الوقوف»

إذا کان الشـرط للموقوف علیهم، أما إذا کان لأجنبی فالظاهر الصحه ما لم یستغرق، و کون الولد موقوفا علیهم لا ینافی ذلک، و إن استحقوا هم المنفعه لو لا الشرط المزبور، و ربما یستأنس له فی الجمله ب

خبر جعفر بن حیان (۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل وقف غله له علی قرابه له من أبیه، و قرابه من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث- ۸. باختلاف یسیر.

أمه، و أوصـى لرجـل و عقبه من تلـك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمـائه درهـم كـل سـنه، و يقسم الباقى على قرابته من أبيه و أمه؟ قـال: جـائز للـذى درهم لورثته يتوارثونهـا ما بقى واحـد منهم، فإذا انقطع ورثته و لم يبق منهم أحـد كانت الثلاثمائه درهم لقرابه الميت ترد إلى ما يخرج من الوقف»

بحمل الوصيه فيه على تمليك ذلك بالشرط.

و لو وقف على ولـده فإذا انقرضوا و انقرض أولادهم فعلى المساكين ففى الـدروس، «الأقرب عـدم دخول أولادهم فى الوقف و النمـاء لأقرباء الواقف حتى ينقرضوا» و قال الشيـخ بـدخولهم، أما لشـمول لفظ الولـد للنافله كقول المفيـد و جماعه، و إما لقرينه الحال، و هو قوى.

قلت لاـ إشـكال مع ذلـك، إنمـا الكلاـم مع فرض تصـريح الواقف بـذلك، و لاـ ريب فى كونه حينئـذ مع انقراض الأولاـد دون أولادهم منقطع الآخر، و حينئذ يتجه بطلانه لخلوه عن موقوف عليه فى بعض الزمان، و فى القواعد بعد أن حكى قول الشيخ قال: «و ليس بمعتمـد بـل يكون منقطع الوسـط، فـإذا انقرض أولاـد أولاـده عـاد إلى الفقراء، و النماء قبل انقراض أولاد الأولاد لورثه الواقف على اشـكال» و هو مبنى على اختصاص البطلان فى منقطع الوسط فيه خاصه، الا أن ذلك يقتضـى عـدم الإشـكال حينئذ فى كونه لورثته.

و لو قال: وقفت إذا جاء رأس الشـهر و إن قدم زيد لم يصح بلا خلاف و لا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه، لما ذكرناه غير مره من منافـاه التعليق على متيقن الحصول أو متوقعه لظاهر ما دل على تسبيب الأسـباب المقتضـى لترتب آثارها حال وقوعها، فما فى المسالك من عدم الدليل على ذلك فى غير محله.

و من هنـا كـان المتجه الصـحه فى التعليق الـذى لاـ يقتضـى ذلـك كقوله وقفت إن كـان اليوم الجمعه للعالم بـذلك و إن أبطله بعضهم أيضا بدعوى مانعيه صوره التعليق لكن الإشكال فى إثباتها هذا، و فى المسالك «أنه يتوجه على قول الشيخ بجواز الوقف المنقطع الابتـداء إذا كـان الموقوف عليه أولا مما يمكن انقراضه أو يعلم كنفسه و عبـده بمعنى صـحته بعـد انقراض من بطل فى حقه جواز المعلق على بعض الوجوه».

قلت: قد عرفت تحقيق كلامه و ضعفه، و إمكان خروجه عن التعليق فى بعض وجوهه المحكيه عنه و الأمر سهل، و كذا تقدم الكلام مشبعا فى أن القبض بإذن الواقف شرط فيه للنصوص التى ستسمع بعضها مضافا إلى الإجماع بقسميه عليه فى الجمله.

و

صحيح صفوان عن أبى الحسن عن أبى عبد الله (عليه السلام)(۱)«سألته عن الرجل يوقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئا فقال إن كان وقفها لوالده و لغيرهم ثم جعل لها قيما لم يكن له أن يرجع فيها و إن كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم

لم يكن له أن يرجع فيها و ان كانوا كبارا لم يسلمها إليهم، و لم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لا يجوزونها عنه، و قد بلغوا»

و خبر العمرى (۲)عن صاحب الزمان (عليه السلام)، «و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج إليه أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى عنه»

الحديث.

و لكن قد عرفت البحث فى أن القبض شرط فى صحته على وجه لا يترتب عليه الأثر قبله، أو أنه شرط للزومه فلو وقف و لم يقبض ثم مات بطل و كان ميراثا على الأول بل و الثانى، و كذا يبطل لو جن أو أغمى عليه كما هو الشأن فى جميع شرائط الصحه إذا حصل المانع منها فى أثنائها قبل تمام السبب الذى ظاهر ما دل على سببيته أو.

المتيقن منه اعتبار دوام التأهل إلى تمام السبب من غير فرق بين الموجب و القابل و العين التى هى متعلق العقد، و من هنا لم يظهر خلاف بين الأصحاب فى سائر المقامات فى بطلان السبب بعروض المانع فى أثنائه و إن زال بعد ذلك.

نعم لو قلنا بكونه شرط اللزوم انفسخ بموت الواقف للصحيح الآتى بناء على اراده الوقف فيه من الصدقه، و إن ناقش فيه فى المسالك، إلا أن المشهور الاستدلال به، بخلاف الجنون و

الإغماء، بل قد يتوقف فى الانفساخ بموت البطن الأول من الموقوف عليه قبله بناء على أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الوقوف الحديث- ۸.

شرط اللزوم، و دعوى أن ذلک شأن العقد الجائز يدفعها عدم الدليل على ذلک لو كان من المملكات كالهبه و الجواز فى نفسه أعم من ذلک، بل ربما احتمل عدم البطلان بموتهم على تقدير كونه شرطا للصحه أيضا لا مكان قيام البطن الثانى مقامه فى القبض، و ان بطل بموت الواقف للفرق بينهما بالانتقال إلى الوارث المقتضى للبطلان بخلاف الفرض، و لعله لذا توقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى فى محكى التحرير.

لكن قد يناقش- بأن المراد القبض ممن كان قبول العقد له، لعل ظاهر صحيح صفوان و غيره مما دل على اعتبار القبض- بما فى الرياض من أن قبض البطن الثانى إنما يؤثر الصحه بالنسبه إليه، دون من مات و لم يقبض، فوجوده حينئذ كعدمه، و يكون وقفا على معدوم غير تابع لموجود، على أن معنى صحه الوقف صحه ما جرت عليه صيغه العقد و هو ليس إلا الوقف عليهما دون الثانى فقط، فصحته بالنسبه إليه خاصه دون الأول غير ما جرى عليه العقد، و فيه أنه لا حاصل له بعد فرض جريان العقد على وجه صحيح و البطلان و عدمه إنما عرض بحصول شرط الصحه شرعا و عدمه، فهو كالوقف على شخصين قبض أحدهما دون الآخر فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار الفوريه فيه، لظهور ما دل على اعتباره من خبرى عبيد و محمد فى ذلک، مؤيدا بعدم الخلاف فيه فيما أجد، و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد مما ذكرناه، و من أنه باعتبار توقف الصحه عليه كان كالقبول من العقد، إلا أنه كما ترى.

و لو وقف ما فى يده على أولاده الأصاغر الذين هو ولى عنهم كان قبضه قبضا عنهم، و كذا الجد للأب بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، ل

صحيح محمد بن مسلم (۱)عن أبى جعفر (عليه السلام) «أنه قال فى الرجل يتصدق على ولده، و قد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرک من ولده فهو جائز لأن والده هو الذى يلى أمره».

و خبر عبيد بن زراره(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أنه قال فى رجل تصدق على ولد له قد أدركوا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام الوقف الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام الوقف الحديث ۵.

قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرک من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذى يلى أمره، و قال: لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله».

و خبر على بن جعفر(۱)المروى عن قرب الاسناد عن كتابه «إذا كان أب تصدق على ولد صغير فإنها جائزه، لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا»

إلى غير ذلک من النصوص الداله على ذلک.

بل فى المسالک و غيرها أن الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلک القبض عن المولى عليه للوقف، و عدمه، لتحقق القبض الذى لم يدل الدليل على أزيد من تحققه.

قلت: لا ينبغى التأمل فى ظهور دليله فى اعتبار كون القبض على أنه وقف، فلا يجزى القبض، بعد الوقف مع الذهول عنه، أو كان على وجه العاريه أو الوديعه، أو نحو ذلک مما هو ليس قبضا للوقف من حيث أنه وقف قطعا، و حينئذ فمع فرض شرطيته حتى فى الفرض لا يتعلق بدون القصد، ضروره عدم امتياز أصل الفعل المشترک، فضلا عن الاستدامه التى كان افتتاحها لغيره.

نعم لو قيل بعدم اشتراطه فى مثل الفرض لعدم العموم فى دليله أو لخصوص النصوص المزبوره، بناء على أنه المراد من التعليل فيها أيضا على معنى أنه إذا كان هو الذى يقبض عنه، فكيف يعتبر القبض فى وقفه، إذ لا يتصور أن يقبض نفسه، اتجه حينئذ ذلک، إلا أنه مناف لظاهرهم من عموم شرطيته.

اللهم إلا أن يراد من نحو العباره صيروره قبضه قبضا عنهم شرعا، و لكن فيه حينئذ أنه خلاف ظاهر الأدله، خصوصا صحيح صفوان (۲)الظاهر فى اعتبار الحيازه لهم المتوقف على النيه،

بل لعل ذلک هو المراد من التعليل، لا إراده عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب الهبات الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ۴.

و لعله إلى ذلك أشار فى جامع المقاصد بعد أن ذكر ظهور العباره فى كفايته مع عدم القصد، قال: «و يشكل بأن القبض انما القبض انما يحسب لذى اليد، ما لم يقصده لغيره ممن له ولايه عليه و نحوه» خلافا لما سمعته من ثانى الشهيدين و غيره بل و شيخنا فى كشفه، بل فى الأخير و لو نوى الخلاف فالأقوى الجواز، و فيه نظر، و أغرب منه ما سمعته من الأول من إلحاق قبض الودعى و المستعير، بل و الغاصب فى وجه، يقبض الولى فى عدم الحاجه إلى الإذن و القصد.

و على كل حال فلا فرق فى الحكم بين أصناف الولى، خصوصا بعد ملاحظه التعليل المزبور، و لكن المتن و فى الوصى تردد، أظهره الصحه و لم أجده لغيره عدا ما يحكى عن التحرير، و ما تشعر به عباره النافع، و كأنه للتردد فيه فى غير موضع، باعتبار اتحاد الموجب و القابل فيه، المغتفر فى الأب و الجد، للنصوص، إلا أنه قد بينا ضعف ذلك أيضا فى غير موضوع، و المراد هنا أن التردد لذلك، لا- لدعوى أن ولايه الوصى ضعيفه، فلا تقتضى صيروره قبضه قبضا عنهم، التى هى واضحه الفساد، إذا لا إشكال فى عدم مدخليه ذلك، كما لا إشكال فى كفايه قبضه عنهم فى الوقف من أجنبى و الهبه و غيرهما مما لا خلاف فيه، و لا اشكال فيه، و إن ظن فى الرياض دخول القبض من الأجنبى فى التردد، إلا أنه كما ترى.

و كيف كان ففى المسالك و فى معنى ما ذكر، أى قبض الولى ما لو كان الموقف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعه و عاريه و نحوهما، لوجود المقتضى للصحه، و هو القبض، فإن استدامته كابتدائه، إن لم يكن أقوى، و لا دليل على اعتبار كونه واقعا مبتدأ بعدا الوقف فيه.

و إن كان فيه ما لا يخفى، بناء على عموم شرطيته، و عدم الاذن و القصد فى الاستدامه، بل قد عرفت البحث فيه معهما فى كتاب الرهن، و إن كان الأقوى الاكتفاء بهما حتى فى القبض بالغصب و الشراء الفاسد، تنزيلا للاستدامه معهما منزله العود ثم القبض فى الإثم و غيره.

و أما احتمال الاكتفاء- بالقبض بلا اذن من الواقف و لا قصد من الموقوف عليه، بل و مع

قصـد العدم، لأن المدارک کونه تحت یده بعد الوقف مع فرض القول بالشـرطیه الشامله للفرض ففی غایه الضـعف، بل لا ینبغی صدوره من ذی مسکه.

و علی کل حال فلا یعتبر فیما ذکرنا بناء علی المختار مضـی زمان یمکن فیه إحداث القبض، ضـروره عدم صیرورته قبضا حقیقه بـذلک، و إنما المـدار تنزیل زمان الاسـتدامه المفروض حصولها بالاذن و القصد منزله القبض حقیقه، و هذا لا یحتاج إلی زمان بعد حصولها.

و فی المسالک «و حیث لا یعتبر تجدید القبض لا یعتبر مضی زمان یمکن فیه احداثه و إن اعتبر، لأن الإذن فیه یستدعی حصوله، و من ضروراته مضی زمان، بخلاف ما لا یعتبر فیه التجدید».

و فیه أن ذلک لا یجدی فی التجدید الحقیقی، و أما الحکمی فغیر محتاج إلی ذلک کما هو واضح.

و لو وقف علی نفسه لم یصح بلا خلاف أجده کما اعترف به غیر واحد بل عن التذکره نسبته إلی علمائنا، بل فی محکی السرائر الإجمـاع، و هو الحجه، مضافـا إلی عـدم تعقله، لما عرفت من اقتضاء الوقف نقل المنفعه خاصه، أو مع العین للموقوف علیه، و لا معنی لنقل ملکه إلی نفسه، و إلی فحوی ما تسمعه من النصوص فی المسئله الآتیه، فما عن بعض العامه- من جوازه لأن استحقاق الشی ء وقفا غیر استحقاقه ملکا، و قد یقصد حبسه أو منع نفسه من التصرف المزیل للملک- واضح الفساد.

و کـذا لم یصح الوقف من أصـله لو وقف علی نفسه ثم علی غیره لکونه حینئذ منقطع الأول الذی قد عرفت تحقیق الحال فیه، و قیل و القائل الشـیخ یبطل فی حق نفسه و یصـح فی حق غیره و لا ریب فی أن الأول أشـبه بأصول المـذهب و قواعـده کما تقدم الکلام فیه و فی غیره من الصور مفصلا.

نعم لو عطف الغیر علیه بالواو فالأقوی الصـحه فی النصف، لعـدم الانقطاع فیه لبقاء موقوف علیه ابتـداء و هو الغیر، فإن الموقوف علیه لیس هو المجموع منه و من الغیر من حیث هو

مجموع، بل كل واحد منهما، فيبطل النصف فى حقه، و يصح فى النصف الآخر الذى لا مانع من الصحه فيه، و ربما احتمل كون المجموع للغير كما سمعته من الشيخ فى المرتب فضلا عن المفروض، إلا أنه واضح الفساد فيهما، لمخالفته لقصد الواقف الذى جعل الشارع الوقف على حسب ما وقفه، كوضوحه أيضا فى دعوى البطلان فيهما معا، لان ما وقع عليه العقد لا يجب به الوفاء إجماعا، و العقد لا يكون مبعضا ضروره عدم كون ذلك من التبعيض الممنوع، بل هو من باب تبعض الصفقه الذى قد فرغنا من الكلام فى صحته فى محله، و لو وقف على نفسه و الفقراء فالظاهر الصحه أيضا فى النصف، و فى الدروس احتماله، و الصحه فى الثلاثه الأرباع، و البطلان رأسا و فى الأخيرين- المبنى أولهما على إراده أقل الجمع، و هو الثلاثه من لفظ الفقراء، و يكون هو حينئذ رابعا فيبطل و ثانيهما على بطلان تبعض الصفقه- ما لا يخفى.

و كذا لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه أو إدرار مؤنته لم يصح بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل ظاهر المسالك إلى الأصحاب، معللا له بأن الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه، فإذا شرط ذلك و نحوه فقد شرط ما ينافى مقتضاه، فيبطل الشرط و الوقف معا، بل مقتضى إطلاق بعض ما هو صريح آخر من عدم الفرق فى ذلك بين دين معين و عدمه و إدرار مؤنته مده معينه و عدمه، و بين تقدير ما يأخذه منه أو إطلاقه.

و بين الانتفاع به مده حياته أو مده معلومه، كل ذلك للقاعده المزبوره.

و إلا فليس فى النصوص إلا

مكاتبه على بن سليمان (۱)إلى أبى الحسن (عليه السلام) «جعلت فداك ليس لى ولد ولى ضياع ورثتها عن أبى و بعضها استفدتها و لا آمن الحدثان فإن لم يكن لى ولد و حدث بى حدث فيما ترى جعلت فداك، لى أن أقف بعضها على فقراء إخوانى و المستضعفين أو أبيعها و أتصدق بثمنها عليهم فى حياتى، فإنى أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتى، فإن وقفتها فى حياتى فلى أن تأكل منها أيام حياتى أم لا؟ فكتب (عليه السلام) فهمت كتابك فى أمر ضياعك، فليس أن تأكل منها من الصدقه فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثه، فبع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۱- ۲- ۳.

و تصدق ببعض ثمنها فی حیاتک، و ان تصدقت أمسکت لنفسک ما یقوتک، مثل ما صنع أمیر المؤمنین (علیه السلام)».

و خبر طلحه بن زید(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) عن أبیه (علیه السلام) «أن رجلا تصدق

بدار له و هو ساکن فیها فقال: الحین اخرج منها»

و بعض النصوص الآتیه فی مسأله اشتراط العود إلیه عند الحاجه.

مع أن فی خبر أبی الجارود عن الباقر (علیه السلام) لا یشتری الرجل ما تصدق به، و إن تصدق بمسکن علی ذی قرابه فإن شاء سکن معهم و إن تصدق بخادم علی ذی قرابه خدمه إن شاء الله.

بل عن النهایه إذا وقف انسان مسکنا جاز له أن یقعد فیه مع من وقف علیه، و لیس له أن یسکن غیره فیه، و لعله نظر إلی الخبر المزبور الذی لا بد من حمله علی اذن الموقوف علیه، و إلا کان مخالفا للقواعد و غیرها و لا جابر له.

نعم لیس فی تلک المکاتبه و غیرها إخراج النفس، بل و لا جمیع ما ذکروه، فیکون منشؤه القاعده المزبوره، و لکن الظاهر عدم اقتضائها بطلان اشتراط ذلک علی جهه الاستثناء له من التسبیل الذی قصده بالوقف لقاعده

«المؤمنون»

و «الوقوف»

و غیرهما.

بل ربما کان المراد من

قوله (علیه السلام) فی المکاتبه المزبوره «و إن تصدقت أمسکت لنفسک ما یقوتک»

کما عساه یظهر من عنوان الحر فی الوسائل، أقصاها بطلان استحقاقه له من حیث کونه وقفا لاعتبار إخراج نفسه من عینه و منفعته، لا- نحو ما ذکرناه الراجع إلی وقف عین و تسبیل منفعتها الخارجه عما استثناه، فهو حینئذ کوقف العین المستأجره مده مثلا، و ربما یشهد له فی المجله ما تقدم له سابقا من دخول اللبن و الصوف الموجودین فی الشاه الموقوفه ما لم یستثنه، بل حکینا عن الفاضل فی التذکره أن وقف البقره للحرث مثلا خاصه یقتضی بقاء باقی المنافع من اللبن و غیره للواقف.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱- ۲- ۲.

لكن فى جامع المقاصد التصريح فى مسأله الشاه بعدم جواز استثناء شى ء من المنافع المتجدده بخلاف الصوف و اللبن الموجودين، فإنه يجوز استثناؤهما و يكون المسبل ما عداهما.

إلا أنه كما ترى جرد دعوى عاريه عن الدليل بل مخالفه لما ذكره من الدليل، بل ستسمع هنا من المسالك جواز الشرط للناظر، فإذا كان الواقف، هو أخذه، و هو مبنى على ما ذكرناه، بل فى كشف الأستاذ «و لو شرط رد مظالم عنه أو صدقه أو عباده أو أداء ديون لزمته فى حياته، و نحو ذلك قوى القول بالصحه» مع أنه قال قبل ذلك: «و لو شرط اجاره عن عباده تجوز عن الاحياء و كان حيا كزياره و حج و نحوهما قوى البطلان» و كأنه بناه على الفرق بين شرط الانتفاع به حال حياته، و بعد موته الذى هو خروج عن الوقف، و إن رجع إليه ثواب ذلك فلا تنافيه القاعده المزبوره كما لا يتنافى شرط أكل أهله منه، بل و أضيافه و ممن يمر به و التابعه، فيصح حينئذ كما حكى من فعل النبى (صلى الله عليه و آله) فى خبر أحمد(۱)عن أبى الحسن الثانى (عليه السلام) بل نحو ذلك عن فاطمه (عليها السلام) أيضا فى صدقتها(۲).

بل فى الدروس و الرياض و لا يقدح كونهم واجبى النفقه، و تسقط نفقتهم ان اكتفوا به، و هو متجه فى غير الزوجه و المملوك، أما هما فيشكل برجوع ذلك إلى نفسه أيضا، و لذا قال فى الأول منهما بعد ما سمعت: «و لو شرط أكل الزوجه ففيه نظر من عود النفع إليه» و من توهم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها و إن كان فيه أنه لا نظر فى جواز أكلها، و انما الكلام فى اشتراط نفقه الزوجيه، و هو الذى قلنا أنه من شرط النفع لنفسه، و كذا مملوكه و لو كان حيوانا».

و على كل حال فالمدار على عدم منافاه القاعده المزبوره، فيصح حينئذ جميع ما لا ينافيها، بل فى المسالك «و كذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره، فإن كان وليه الواقف كان له ذلك عملا بالشرط، و لا يكون ذلك شرطا لنفع نفسه» و هو إن لم يكن مبنيا على ما ذكرناه مشكل، ضروره عدم خروجه بسبب النظاره عن ملكه صدقته و عدم إخراج نفسه عن وقفه، و كذا قيل: لا ينافى ما ذكره المصنف و غيره بقوله.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۱.

أما لو وقف على الفقراء و كان منهم أو لم يكن ثم صار فقيرا، أو على الفقهاء و كان منهم أو لم يكن ثم صار فقيها صح له المشاركه بالانتفاع بل و الاختصاص به، لأنه ليس وقفا على نفسه و لا على جماعه هو منهم، لإن الوقف بهذا الوجه ليس وقفا على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف، بل على الجهه المخصوصه، و لهذا لا يعتبر قبولهم، و لا قبول بعضهم و لا قبضهم و إن أمكن.

بل فی المسالک «و لا ینتقل الملک إلیهم، و إنما ینتقل إلی الله تعالی، و لا یجب صرف النماء فی جمیعهم، بل مثل هذا یسمی وقفا علی الجهه، لأن الواقف ینظر إلی جهه الفقر و المسکنه و یقصد نفع کل موصوف بهذا الوصف لا شخص بعینه».

لکن فی الکفایه الإشکال فی المشارکه المزبوره قال: «و احتجاجهم بأن ذلک لیس وقفا علی نفسه و لا علی جماعه هو منهم صحیح غیر نافع، إنما ینفع لو کان النص المانع واردا بلفظ الوقف علی نفسه، أو ثبت إجماع علی المشارکه فی محل البحث، و لیس کذلک، إذ الأخبار المذکوره لیس علی هذا الوجه کما لا یخفی، و لا إجماع علی المشارکه هنا» و کأنه لحظ فی نفی الإجماع خلاف ابن إدریس، فإن المحکی عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه علی الحال، بل و الفاضل فی المختلف و التذکره.

قال فی الأول: «الوجه عندی أی الوقف إن انتقل إلی الله تعالی کالمساجد فإن للواقف الانتفاع به کغیره من الصلاه فیه و غیرها، و إن انتقل إلی الخلق لم یدخل سواء کان مندرجا فیهم وقت الوقف، کأن وقف علی المسلمین أو علی الفقهاء و هو منهم، أو لم یکن منهم وقت العقد ثم صار منهم» و کذا عن التذکره و عن المهذب لابن البراج أنه جعل الوقف العام أقساما، وقف المسجد و القنطره، و وقف الدور و المنازل التی ینزلها الحاج و الخانات، و وقف الدور و المنازل التی لیست کذلک. و الوقف علی المسلمین، فحکم فی الأول و الأخیر بجواز الانتفاع و فصل فی الدروس و المنازل بین ما ینزلها الحاج و الخانات و بین غیرها فجوز فی الأول دون الثانی.

لکن فی محکی المبسوط فأما إذا وقف وقفا عاما مثل أن یقفه علی المسلمین جاز له الانتفاع بلا خلاف، لأنه یعود إلی أصل الإباحه، فیکون هو و غیره سواء، و مثله فی محکی الغنیه.

قلت: لا ينبغی التأمل و لو للسيره القطعيه فی جواز الانتفاع فی المسجد، و الخان و نحوهما اللذين صارا بسبب الوقف كالتحرير، بل الظاهر خروجهما عن الماليه فينتفع به حينئذ على الوجه الذی ذكره من غير فرق بين الواقف و غيره.

لكن دعوی- أن كل وقف عام حتى ما كان موضوعه العلماء و المجتهدون و غير ذلك و كان له ثمرات تدخل تحت الملك كثمره البستان و نحوها كذلك- محل بحث أو منع، ضروره كون الملك فيه بقصد الواقف و غيره للجنس، و لو بواسطه افراده التی لو- فرض كون الواقف منها، لم يكن قد أخرج نفسه عن صدقته و تحقق فيه المانع المزبور، من غير فرق بين ذی الوصف السابق و المتجدد، على أن وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاه للفقراء الذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاه، و مالكيه الكلی على نحو مملوكيته، فكما أن خصوص الفرد فی الثانی يكون منطبقا على الكلی المملوك و تحصل به براءه الذمه ممن عليه فكذلك مالكيه الكلی أيضا إذا تشخص بفرد انطبق عليه، فإذا فرض أنه الواقف، صار هو المالك لصدقته المعتبر فيها خروجه عنه، فلا بد حينئذ فی صحه الوقف من خروج تشخص الكلی به عنه، كما أومى إليه الفاضل فيما حكی عنه.

نعم لا بأس به فيما ذكرناه مما هو خارج عن الماليه، و الانتفاع به ليس على طريق الملك، كالصلاه فی المسجد و العبور على القنطره و الجلوس فی الخان، و نحو ذلك مما هو جائز باعتبار الإباحه الشرعيه، و لو بسبب الوقف أو للسيره القطعيه أو لغير ذلك هذا.

و فی جامع المقاصد عن بعض فتاوی الشهيد أنه ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها و استحسنه كثانی الشهيدين فی المسالك قال: «فإنه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه و لم يقصد الجهه، و إذا قصد منع نفسه خصص العام بالنيه و هو جائز، فيجب اتباع شرطه للخبر السابق، و إنما الكلام مع الإطلاق».

و فيه أن قصد إدخال نفسه بقصد الجهه التی يندرج فيها عين مفروض المسأله فمع فرض بطلانه يتجه ما قلناه فتأمل جيدا.

و لو شرط عوده إليه عند حاجته صح الشرط، و بطل الوقف و صار حبسا و يعود إليه

مع الحاجه التی یرجع فی مصداقها إلی العرف علی حسب غیرها من الألفاظ و یورث مع عوده بها أو مطلقا کما ستعرف، و الأصل فی ذلک

خبر إسماعیل بن الفضل (۱)«قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر، و قال: إن احتجت إلی شی ء من المال فأنا أحق به تری ذلک له؟ و قد جعله لله یکون له فی حیاته، فإذا أهلک الرجل یرجع میراثا إلی أهله أو یمضی صدقه؟ قال: یرجع میراثا إلی أهله».

والموثق (۲)«من أوقف أرضا ثم قال: إن احتجت إلیها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلی المیراث».

و لکن اختلف فیه الأصحاب، فبین قائل ببطلان ذلک من أصله کما عن أبی علی و ابنی حمزه و إدریس و الآبی، بل حکاه فی المختلف عن الشیخ فی المبسوط أیضا و إن کنا لم نتحققه نعم هو ظاهر النافع و الحر و الکفایه، لمنافاه الشرط المزبور دوام الوقف، بل هو من التعلیق، و لظهور قوله یرجع میراثا، فی إراده البطلان، و لأنه صدقه و لا یجوز رجوع إلی صدقه، و لوجوب إخراج نفسه من الوقف.

و بین قائل بصحته وقفا لإن احتاج کان منقطعا، و إلا کان مؤبدا کما هو صریح کلام السید فی الانتصار، مدعیا علیه الإجماع، و الفاضل فی المختلف و القطیفی فی المحکی عن إیضاحه و ظاهر المقنعه و المراسم، بل فی المسالک نسبه صحه الشرط إلی السید و المعظم تاره و أخری قال:

«إن العمل بخبر إسماعیل بن الفضل اتفاق من الأصحاب أو من أکثرهم».

و علی کل حال فلا ریب فی أنه الأقوی، لعموم «الوقوف» و «المؤمنون» و عدم جواز الرجوع بالصدقه التی لم یکن التصدق بها علی الوجه المزبور، و لیس هذا من إدخال الواقف نفسه فی الوقف قطعا بل هو تقیید للوقف بما یقتضی انتهاءه، و دوام الوقف غیر شرط کما عرفته سابقا من صحه الوقف المنقطع، و لا تعلیق فیه علی وجه ینافی عقد الوقف، بل هو تقیید للوقف علی نحو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۳- ۱.

۲- ۲ التهذیب ج ۹ ص ۱۵۰ الحدیث- ۴۰.

تقییده بوجود الموقوف علیه أو بغیره من الأوصاف التی لا إشکال فی جوازها، ضروره رجوعه إلی جعله وقفا ما دام غنیا عنه، لأنه بناء علی مشروعیه المنقطع منه، لا فرق فی الأوصاف التی یکون ارتفاعها غایه، بین أن تکون فی الموقوف علیه أو فی غیرهم بعد اشتراکهما فی اقتضاء ارتفاعهما بقاء الوقف حینئذ بلا موقوف علیه، و صیرورته من غیر الموقف الذی قد عرفت بطلانه نصا و فتوی، و لیس هو من اشتراط الخیار فی الوقف الذی لم اعرف خلافا فی عدم جوازه، عدا عباره فی محکی التحریر لم یعلم أنها له أو للشیخ.

و علی کل حال لا ریب فی شذوذها لمنافاته اللزوم فی الوقف علی وجه لم یشرع فسخه اختیارا بوجه، و ما نحن فیه إنما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلق علیه، و فرق واضح بین المقامین، و الخبران- بعد احتمال إراده البطلان فیهما باعتبار اشتراط کونه أحق به، و هو وقف، لما سمعت من اعتبار إخراج نفسه من الوقف فی جمیع الأحوال، و حینئذ یکونان خارجین عما نحن فیه- یمکن إراده الرجوع میراثا فی الأول منهما بعد فرض حصول الحاجه منه، و عاد الوقف الیه بحسب شرطه فإذا هلک بعد أن کان کذلک رجع المال إلی ورثته، ضروره بطلان الوقف بحصول الحاجه، و الوجه فی ذلک أن السائل سأل عن صحه الشرط و عدمه، و أنه علی تقدیر صحته یکون أحق به ما دام حیا، فإذا هلک یبقی علی الصدقه لعدم حاجته إلیه، أو یرجع میراثا؟ فأجاب الإمام عن ذلک کله بالرجوع میراثا، بمعنی أن الشرط صحیح، و إذا حصلت الحاجه إلیه رجع المال إلیه، و بعد رجوعه لا یعود إلی الوقف، بل هو میراث.

و منه یعلم وجه المراد فی الموثق لظهور اتحاد المراد فیهما، بل ربما یشهد لذلک فی الجمله ما

فی صدقه أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۱)حیث قال: «و أنه یقوم علی ذلک الحسن بن علی یأکل منه بالمعروف و ینفقه حیث یرید الله تعالی فی حل محلل لا حرج علیه. فإن أراد بیع

نصیب من المال فیقضی به الدین فلیفعل إن شاء و لا حرج علیه فیه، و إن شاء جعله شراء الملک»

بناء علی إراده الرخصه له إن شاء بیع نصیب من المال الموقوف علی جهه إبطال وقفه لا خصوص الثمره منه، فتأمل.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام العشره الحدیث- ۲.

و أما القول بصحه الشرط المزبور و رجوع الوقف حبسا حتى جعلوه قولاـ ثالثا فى المسأله، و نسبوه إلى الشيخ و القاضى و المصنف هنا، و الفاضل فى القواعد و التذكره و الإرشاد و الشهيد فى الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و الروضه، فإن أرادوا به ذلك مع فرض تحقق الحاجه، فهو المختار، و إن أرادوا به ذلك مع عدم الحاجه أيضا بدعوى أن الميت بموته قد احتاج فهو كالخرافه، ضروره عدم كون ذلك المراد من إطلاق الشرط مع إمكان فرض التصريح بإرادتها حال الحياه، و كذا دعوى- كون موت الحابس غايه لحبسه بعد أن لم يذكر له أمدا ضروره أنه قد ذكر له أمدا و لم يحصل فمقتضى ذلك بقاؤه محبوسا إلى آخره، على أن مفروض المسأله فى الوقف و هو ما علم قصد الوقف به، لاـ أن مفروض المسأله، من قال وقفت، فيحمل قصده على إراده الحبس بقرينه الشرط المزبور إذ هو كما ترى خروج عما نحن فيه و رجوع إلى مسأله لفظيه قد عرفت البحث فى نظيرها، و أن المتجه فيها الحمل على البطلان لعدم صلاحيه أصاله الصحه لصرف ظاهر اللفظ كما تقدم تحقيق الحال فيه سابقا.

على أن دعوى بطلان الشرط المزبور- بعد فرض القول بصحه الوقف المنقطع- واضحه الفساد، و كونه باطلا فى نفسه للتعليق، يدفعه معلوميه جواز نظائره فى الوقف، و أنه ليس تعليقا ممنوعا، و لو سلم فهو باطل فى الحبس أيضا ضروره اشتراكهما بالنسبه إلى ذلك.

و كذا دعوى أن الحكم بكون الفرض حبسا مع القول بصحه الوقف المنقطع و صحه هذا الشرط، و كون القصد الوقف إنما هو للخبرين المزبورين، إذ قد عرفت أنهما- بعد احتمالهما ما سمعت- لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه، و ليس بأولى من القول بصحته وقفا على هذا الوجه، بمعنى أنه له حكم الحبس نحو ما سمعته منا فى حمل كلامهم فى الوقف على من ينقرض، بل هو صريح الفاضل فى المختلف، و إن كان هو هنا فيه ما لاـ يخفى فلا محيص حينئذ عن القول بالصحه حسب ما قلناه.

و مما ذكرناه يظهر لك الوجه فى المسأله و أقوالها و أدلتها، بل و ما فى الفوائد التى ذكرها فى المسالك، بل و ما فى غيرها من كتب الأصحاب أيضا، هذا و يمكن حمل عباره المصنف

و الفاضـل و ما شابهها على إراده بطلانه وقفا على كل حال و إن حبسه و صـيرورته إرثا بعـد عوده إليه للحاجه، لا كما ذكره فى المسالك، أو يراد حكم الحبس فيها، أو غير ذلك.

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى ابن إدريس الإجماع على البطلان. و من هنا حكم بخطئه فى المختلف قال: «فإنه قد ذكرنا ما صرنا إليه و هو قول أكثر علمائنا، حتى أن السـيد المرتضـى ادعى الإجماع عليه، و احتـج عليه بأن كون الشـى ء وقفا تابع لاختيار الواقف، و ما يشترط فيه، فإذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه و اعترض على نفسه بأن هذا شرط يناقض كونه وقفا و حبسا بخلاـف غيره من الشـروط، و أجـاب بـأنه غير منـاقض لأـنه متى لم يختر الرجوع فهو مـاض على سبيله، و إن مات قبل العود نفذ نفوذا ثابتا، و هـذا حكم ما أفاده فى عقـد الوقف، فكيف يكون نقضا لحكمه، و لا يقاس عليه العتق لبطلانه و للفرق بعدم صـحه دخول الشـرط مطلقـا فى العتق، بخلاـف الوقف الـذى لا فرق بين هـذا الشـرط و غيره فى الجواز، ثم اعترض و قال: فإن قيل: قد خالف ابن الجنيـد فيما ذكرتموه، ثم أجاب بأنه لا اعتبار به، و قد تقدمه إجماع الطائفه، و تأخر أيضا عنه، و إنما عول على ظنون له و حسابات و أخبار شاذه لا يلتفت إلى مثلها.

و لو شـرط إخراج من يريـد بطل الوقف بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط اعترافه به، بل قيل ظاهره نفيه بين المسـلمين، بل فى المسالك و عن صـريح و ظاهر غيره الإجماع عليه، و لعله العمـده، و إلا ففى الكفايه فيه إشـكال، نظرا إلى الدليل، أى عموم «الوقوف» و نحوها مما اقتضـى جواز نظائره، كالعود عنـد الحاجه و غيره، مما يمكن فرض ما نحن فيه نحوها و حينئذ فدعوى أنه شرط مناف لمقتضـى اللزوم فى عقد الوقف، يدفعها عدم المنافاه، مع فرض وقوعه على نحو غيره من الشرائط التى ينقطع الوقف بها و لا تكون منافيه للزومه.

و ربما كان مراد الأصـحاب باشتراط إخراج من يريد، فسخ الوقف حينئذ، لا خروجه بانتفاء الوصف المعلق عليه الوقف، و حينئذ يتجه البطلاـن فيه، ضـروره رجوعه إلى نحو اشتراط الخيار الـذى قـد عرفت فساده أو إلى اشتراط كون سـلطنه السـبب الـذى هو المشهور إليه، و نحو ذلك مما تسمعه فى اشتراط الإدخال و النقل، اللهم إلا ان يدعى صلاحيه الإراده وصفا

للموقوف عليه، و لكنه كما ترى.

بل قد يشكل ذلك بما ذكره المصنف و غيره من أنه لو شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على أولاده أو على غيرهم معللين له بأن هذا الشرط لا ينافى مقتضى الوقف، فإن بنائه على جواز إدخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود، و اشتراط إدخال من يريد إدخاله فى معناه، بل أضعف منه لأنه قد يريد، فيكون فى معنى اشتراط دخوله، و قد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأول، اتفاقا جاز الآخر كذلك، أو بطريق أولى.

و ما يقال:- من أن ذلك يقتضى نقصان حصه الموقوف عليه فيكون إبطالا للوقف فى ذلك البعض.

يدفعه أولا: أنه وارد فى إدخال كل معدوم تابعا للموجود.

ثانيا: أن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا ما كان مطابقا له فلا يعتبر.

و ثالثا: أن الوقف حق لازم فى حق الموقوف عليه فى الجمله، و إنما المختلف الحصه، و ذلك غير قادح، كما لو وقف على بطون فزادت تاره، و نقصت أخرى، ضروره أن ذلك كله مبنى على صلاحيه الإراده وصفا لدخول الموقوف عليه كالوجود و العلم و نحوهما، فإذا جاز ذلك جاز جعلها وصفا للخروج منهم، و كباقى الأوصاف التى يقتضى زوالها ذلك.

أما لو فرض إراده اشتراط سلطنه الإخراج و الإدخال إليه، على وجه يكون أصل الوقف بيده دخولا و خروجا، فالمتجه البطلان فيهما، لرجوعه إلى اشتراط كون أصل السببيه بيده، و الفرض أن ذلك أمر شرعى لا يرجع إليه.

و لعله لذا أبطله بهما فى ظاهر الدروس كما حكاه عنه فى جامع المقاصد و غيره قال فيها:

«و ليس له إدخال غيرهم معهم، و إن كانوا أطفاله على الأصح، و لا إخراج من يريده و لو

شرطه فی العقد بطل و فی محکی المبسوط و لو شرط أن یخرج من شاء منهم، و یدخل فی ذلک من شاء، و أن یفضل بعضهم علی بعض إن شاء، أو یسوی بینهم إن شاء کان ذلک کله باطلا، لأنه شرط التصرف فیما هو ملک لغیره، بلا خلاف، و قد روی أصحابنا: أنه یجوز أن یدخل فیهم غیرهم، و أما الإخراج و النقل فلا خلاف عندنا أیضا فی عدم جوازه».

و من ذلک یظهر ذلک ما فی جامع المقاصد فإنه بعد أن حکی عن ظاهر الدروس ما عرفت قال: و هو بعید، لعدم المنافاه، و عموم قوله

(۱)«الوقوف»

فالأصح الصحه إذ قد عرفت أن المتجه الصحه مع جعل الإراده وصفا للدخول و الخروج، فیدخل و یخرج من اتصف بها من غیر إدخال و إخراج منه، کما أن المتجه عدمها مع اشتراط الإدخال و الإخراج، بمعنی جعل السلطنه إلیه فی الإدخال و الإخراج.

بل و کذا یظهر لک النظر فیما فی المتن، و غیره من الفرق بینهما فی الحکم، اللهم إلا أن ینزل علی ما ذکرناه، و لکنه بعید، ضروره ظهورها فی الفرق بین الإدخال و الإخراج، فلا یصح شرط الأول بخلاف الثانی.

و قد عرفت تحقیق الحال الذی علیه أو علی ما لا ینافیه ینزل

خبر أبی طاهر البلالی المروی عن إکمال الدین (۲)قال: کتب جعفر بن حمدان «استحللت بجاریه إلی أن قال: و لی ضیعه قد کنت قبل أن تصیر إلی هذه المرأه سبلتها علی وصایای و علی سائر ولدی علی أن الأمر فی الزیاده، و النقصان فیه إلی أیام حیاتی و قد أتت بهذا

الولد فلم ألحقه بالوقف المتقدم المؤبد، و أوصیت إن حدث بی حدث الموت أن یجری علیه ما دام صغیرا، فإن کبر أعطی من هذه الضیعه جمله مأتی دینار غیر مؤبد، و لا یکون له و لا لعقبه بعد إعطائه ذلک فی الوقف شی ء، فرأیک أعزک الله تعالی، فورد جوابها یعنی من صاحب الزمان، أما الرجل الذی استحل بالجاریه «إلی أن قال:» و أما إعطاؤه، المأتی دینار و إخراجه من الوقف، فالمال ماله، فعل فیه ما أراد.»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث- ۱- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث- ۲

و کیف کان فهذا کله فی الشرط علی النحو المزبور و أما لو شرط نقله عن الموقوف علیهم إلی من سیوجد لم یجز و بطل الوقف فی المشهور بل قد سمعت نفی الخلاف عنه فی محکی المبسوط: بل قیل: إن ظاهره إراده نفیه بین المسلمین، لکن فی القواعد علی إشکال، بل فی الدروس الأقرب جوازه، و فی محکی التذکره لو قال: هذا وقف علی أولادی سنه ثم علی المساکین صح إجماعا.

و فیه أیضا لو قال هذا وقف علی أولادی مده حیاتی ثم بعد مماتی للمساکین صح إجماعا، لکن فی المقام أفتی بالبطلان کالمشهور.

و لعله من التأمل فیما ذکرناه یعلم تحقیق الحال هنا، فیحکم بالبطلان علی إراده النقل منه، لرجوعه إلی اشتراط ما هو المشهور و الصحه علی إراده الانتقال علی حسب باقی العنوانات فی الوقف، بمعنی أنه علی هؤلاء مثلا ما دام خالیا عن الولد، و إلا کان الوقف علیه، ثم منه علی المساکین مثلا فإن خروج من خرج حینئذ لفوات عنوان الموقوف علیهم، کالفقر و العلم و نحوهما، فیشمله

(۱)«الوقوف علی حسب»

إلی آخره و غیره.

و لعله إلی ذلک أومئ فی جامع المقاصد فإنه بعد أن حکم بالبطلان قال، و یمکن الفرق بین ما هنا و بین إناطه الوقف بصفه فی الموقوف علیه، مثل فقراء أولاده، و فقهائهم، بأن الوقف فی الثانی لم یکن علی الأولاد، بل علی الفقراء منهم، فإذا زال الفقر ینتفی الموقوف علیهم، فإن ذلک جاریا مجری موتهم و عدمهم، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم و شرط نقله عنهم، فان ذلک ابطال للوقف باختیاره».

و قال أیضا فی شرح قول الفاضل متصلا بمسألتنا السابقه «و کذا الإشکال لو قال علی أصاغر أولادی سنه ثم علی الفقراء»، منشأ الإشکال هنا قریب من الذی قبله، إلی أن قال: و اعلم أن بین هذه المسأله و التی قبلها فرقا، من حیث أنه فی تلک شرط نقله عن الموقوف علیهم إلی من سیوجد، و فی هذه وقفه علی أولاده سنه ثم بعد مضیها هو وقف علی المساکین، فینتقل إلیهم هو،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحکام الوقوف و الصدقات الحدیث ۱- ۲.

من غير أن ينقله هو» و هو ظاهر أو صريح فى أن موضوع البطلان ما فرضناه، لا ما حكمنا بصحته.

أو يقال: إن المدار فى الصحه و البطلان فى هذه المسائل كلها ملاحظه معنى العنوانيه سواء كانت لوصف فى الموقوف عليه، أو فى الواقف، أو فى غيرهما فيصح لعموم

«الوقوف (۱)»

و غيره و ملاحظه معنى الشرطيه التى تقتضى تعليقا فى السبب أو إبطالا لما هو ثابت فى الشرع أو إثباتا لما هو للشارع لا له أو نحو ذلك، فيبطل جيدا، فإن فى كلامهم تشويشا حتى الرياض، فإنه بعد الإغضاء عما حكاه فيه عن التذكره و عما ذكره، من غير ذلك.

قال: «و التحقيق أن يقال: إن هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجحات، فلا يمكن التمسك بأحدهما، فيبقى الرجوع إلى حكم الأصل، و هو عدم الصحه، و إثباتها بالعمومات غير ممكن، بعد فرض سقوطها، كالشهره المرجحين للإجماعين فى البين، كنفس الإجماعين، مضافا إلى ما عرفت من و هن الإجماع الثانى، فإذا المذهب مختار الأكثر، و إن كان الصحه فى الجمله أحوط».

إذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بعد ما عرفت من أن موضوع إجماع التذكره من انتقال الوقف، غير موضوع إجماع الشيخ الذى هو النقل، و من هنا قد سمعت أن المحكى عنه هنا البطلان، مع دعواه الإجماعين المزبورين.

بل و يظهر لك ما فى المسالك، بل و ما فى جامع المقاصد فضلا عن غيرهما من الكتب فلا حظ و تأمل كى تعرف الحال فى المسائل الثلاثه، و أن المدار فى البطلان فيها أجمع على اشتراط

الإدخال و الإخراج و النقل، و فى الصحه على اشتراط الدخول و الخروج و الانتقال، و فى معقد إجماع التذكره و غير ذلك من مسأله الوقف على الأولاد سنه، ثم على الفقراء و غيرها و الله العالم.

و على كل حال فقد قيل و القائل الشيخ فى النهايه إذا وقف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ۱- ۲.

علی أولاده الأصاغر، جاز له أن یشرک معهم من یتجدد له من الأولاد و إن لم یشترط و وافقه علی ذلک القاضی، و لکن بشرط عدم تصریحه بإراده الاختصاص، و لعل ذلک مراد الشیخ أیضا.

و کیف کان فهو لیس بمعتمد لمنافاته قاعده الأسباب و ما استفاضت به النصوص من عدم جواز الرجوع فیما کان الله، إذا التشریک فیه رجوع عما فعله أولا و لغیر ذلک، و لذا أعرض المشهور عنه، بل لم أجد من وافقهما علیه کما اعترف به غیر واحد، فإن احتج لهما بصدر

صحیح ابن یقطین «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن الرجل یتصدق علی بعض ولده بطرف من ماله، ثم یبدو له بعد ذلک أن یدخل معه غیره من ولده، قال: لا بأس بذلک، و عن الرجل یتصدق ببعض ماله علی بعض ولده و یبینه لهم، إله أن یدخل معهم من ولده غیرهم بعد أن أبانهم بصدقه؟ قال: لیس له ذلک، إلا أن یشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق علیه فذلک له».

و خبر سهل «سألت أبا الحسن الرضا (علیه السلام) عن الرجل یتصدق علی بعض ولده بطرف من ماله، ثم یبدو له بعد ذلک أن یدخل معه غیره من ولده، قال: لا بأس به».

و صحیح ابن الحجاج عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی الرجل یجعل لولده شیئا و هم صغار ثم یبدو له أن یجعل معهم غیرهم من ولده، قال: لا بأس».

و خبر علی بن جعفر(۱)عن أخیه (علیه السلام) المروی عن قرب الاسناد «سألته عن رجل تصدق علی ولده بصدقه ثم بدا له أن یدخل غیره فیه مع ولده، أ یصلح ذلک؟ قال: نعم یصنع الوالد بمال ولده ما أحب، و الهبه من والد بمنزله الصدقه من غیره»

فإن الجمیع- بعد الإغضاء عما فی السند مع عدم الجابر، و عما فی المتن من أنها غیر مختصه بدعوی القائل من تشریک خصوص من یتحدد له من الأولاد، و احتمال الصدقه و الجعل غیر الوقف أو إراده الصدقه و العزم علیها- من المطلق الذی یجب حمله علی المقید الذی فی خبر ابن یقطین، بل هو کالصریح فی ذلک، ضروره عدم الفرق بین سؤالیه حتی أجاب الأول منهما بنفی البأس، و الثانی بعدم الجواز إلا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث ۵.

بالتقییـد المزبور، بل منه یظهر أن الإطلاق فی مثل هـذا السؤال منصـرف إلی فاقـد القیـد، المراد منه عـدم الإقباض أو عـدم بیان المتصدق به، و إن کان عازما علیه.

و علی کل حال یکون خارجا عن المفروض الذی هو التشـریک فی الوقف، بعد وقوعه و جمعه لجمیع شـرائط الصـحه اللزوم، و تجرده عن اشتراط الشرکه بالإراده.

و من الغریب مـا فی المسالـک من المیـل إلی قول القاضـی حیث قال بعـد ذکر النصوص «و یمکن التوفیق بین النصوص بأمرین أحدهما- أن یکون فی الثانی قد شرط قصره علی الأولین کما یشعر به

قوله «بعد أن أبانهم بصدقه»

و یحمـل الأـول علی مـا لم یشترط ذلـک علی ما یـدل علیه إطلاقه، فیکون ذلک کقول القاضـی، و الثانی حمل النفی فی الثانی علی الکراهه جمعا، و کلاهما متجه، إلا أن الأول من التأویلین أوجه».

إذ هو کمـا تری منـاف للاسـتثناء الظـاهر فی الخبر المزبور، و بعیـد عن لفـظ الإبـانه أو التبیین، فلاـ ریب فی أن الجمع بینهما بما ذکرناه، و خبر قرب الإسناد إنما هو علی مذاق غیره من النصوص الداله علی ثبوت السلطنه للوالد علی مال ولده، نحو

(۱)«أنت و مالک لأبیک»

المحموله علی رجحـان عـدم معـارضه الولـد للوالـد فیمـا أحبه لو کـان بالغا، و علی ثبوت الولایه له علی ماله علی حسب الوجه الشـرعی، فلا بـد من حمل الصـدقه فیه علی ما یقبل التشـریک الحاصل من الوالد، و لو بسـبب جدید حتی فی الوقف بالنظر إلی التشریک معه فی المنفعه بصلح و نحوه.

فظهر من هـذا کله أن الوقف متی تم لم یجز له حینئـذ تغییره بإدخـال أو إخراج أو نقـل إلاـ مع الشـرط الـذی ذکرنـاه، لکن فی المقنعه «لو حـدث فی الموقوف علیهم حـدث یمنع الشـرع عن معونته و الصـدقه علیه، و التقرب إلی الله تعالی بصـلته جاز التغییر فإن الوقف صـدقه، فلا یسـتحقه من لا یسـتحقها، فإذا أحدث فی الموقوف علیه کفر أو فسق بحیث یسـتعان بذلک المال علیهما جاز حینئذ للواقف التغییر و الإدخال».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۸- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۲ و ۸ و ۹.

و نفى عنه البعد فى المختلف قال: «و إن منعه الحلبى و غيره «ثم قال» و هذا مع حدوث المانع، أما لو كان حاصلا حال الوقف فلا.

و هو كما ترى لا يخفى عليك ما فيه إذا لم يكن ذلک على جهه تغيير العنوان، ضروره معلوميه اللزوم فى عقد الوقف، و لا دليل على جواز نقضه و تغييره بحدوث الحادث المزبور فى الموقوف عليه الذى صار الموقوف بسبب الوقف كسائر أمواله، اللهم إلا أن يدعى أن الوقف لما كانت صدقه جاريه اعتبر فى استدامته ما اعتبر فى ابتدائه من كون الموقوف عليه محلا للصدقه، و لكن هى أيضا كما ترى.

و مما ذكرنا ظهر لک جواز كل شرط سائغ فى الوقف، حتى أنه لو شرط أن يؤجر من ضعيف أو مماطل أو لا يؤجر أزيد من عام مثلا أو لا يوقع عليه عقدا حتى ينقضى مده الأول، أو لا يسلم حتى يقبض الأجره و نحو ذلک.

نعم لو شرط أن له كلما شرط الواقفون فى وقفهم أو سيشترطونه، ففى الدروس «بطل للجهاله» و عن بعض العلماء جوازه، و كأنه يحمله على الشروط السائغه بأسرها، و لو أنه صرح بذلک فالظاهر البطلان لعدم انحصارها.

قلت: قد يقال: أنه لم يثبت البطلان بعدم الانحصار هنا بعد فرض تناول

عموم «الوقوف»

و «المؤمنون»

له و الله العالم.

و كيف كان ف القبض معتبر فى الصحه أو اللزوم فى الموقوف عليهم أولا و إن شاركهم فى طبقتهم من يتحدد من المعدومين و يسقط اعتبار غير ذلک من القبض فى بقيه الطبقات.

بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل و قد تشعر به عباره بعضهم فى باقى الطبقات، لعموم الأدله و إطلاقها التى اقتصر فى الخروج عنهما على هذا المقدار من القبض، دون غيره الذى يمكن دعوى القطع بعدم اعتباره، و هذا هو العمده لا ما ذكروه- من أنهم يتلقون الملک عن الأول، و قد تحقق الوقف و لزم بقبضه، فلو اشترط قبض الثانى لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل، و هو باطل.

إذ هو كما ترى، ضروره أن التلقى من الواقف، و خصوصا مع شركه المعدوم معهم فى طبقتهم، فمع فرض عموم دليل القبض و عدم حصوله من الحاكم الذى هو ولى البطون، لا مانع من صيروره العقد لازما فى حق من قبض، دون غيره ممن فقد الشرط، و ليس ذلك انقلابا للعقد، و لا تبعيضا ممنوعا، بل أقصاه أنه يكون منقطعا مع فرض الفسخ قبل قبض الطبقه الثانيه أو عدم قبضهم، و الممنوع إنما هو انقلابه جائزا فى حق من لزوم فى حقه بلا دليل، كما هو واضح و الأمر سهل بعد معلوميه الحال.

و لو وقف على الفقراء أو على الفقهاء أو نحو ذلك ممن لا يمكن حصول القبض منهم أجمع، فلا بد بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك من قبض الحاكم الذى هو الولى العام أو نصب قيم منه لقبض الوقف و لا يكفى قبض بعض المستحقين فإنه ليس هو الموقوف عليه بل الجنس الذى لا يتحقق القبض بالنسبه إليه إلا بقبض جميع أفراده أو الولى العام دون بعض أفراده.

و من هنا كان قبض الحاكم للزكاه قبضا للفقراء اجمع و موجبا لبراءه ذمه الدافع و كان له الصلح عنها بخلاف قبض مستحقيها فإنه لا يكون قبضا لها عن الجميع، و إنما له قبض ما يخصه الدافع به، باعتبار كونه مصرفا من مصارفها، كما هو واضح، هذا.

و لكن فى الدروس و المسالك و الروضه و الكفايه و المفاتيح أن للواقف نصب قيم لذلك، بل فى الثانى منها خصوصا مع فقد الحاكم و منصوبه، و محل نصبه قبل إيقاع الصيغه إن اعتبرنا فوريته، و إلا فقبله أو بعده.

و فيه أنه لا دليل على أن له هذه الوظيفه باعتبار كونه واقفا. نعم له اشتراط الناظر على وقفه فى عقد وقفه، لعموم

(۱)«المؤمنون عند شروطهم»

و هو غير قابض الوقف و ربما استدل له بما

فى صحيح صفوان (۲)السابق فى مبحث القبض «إن كان أوقفها لولده و لغيرهم، ثم جعل لها قيما، لم يكن له أن يرجع فيها»

إلى آخره.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الوقوف الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب الوقوف الحديث ۸.

و ربما فی التوقیع السابق (۱)فإن ذلک جائز لمن جعله صاحب الضیعه قیما علیها، و لا یجوز لغیره، إلا أن الثانی منهما إنما هو فی الناظر، ضروره کون الوقف فیه خاصا علیه، فلا یراد من القیم فیها إلا الناظر فی عمارتها، و أداء خراجها، و مؤنتها و إیصال ما بقی من دخلها إلیه، و أما الأول منهما- فهو مع أن من الموقوف علیه ولده، و لم یتعرض فیه

لقبضهم أو للقبض عنهم، و القیم لا یجدی بالنسبه إلیهم- ظاهر فی الإکتفاء فی مثل هذا الوقف بذلک، و لا یحتاج إلی قبض، و لا دلاله فیه علی ما ذکروه من النصب المزبور قبل الوقف أو بعده.

بل لعل التزام ذلک أولی منه، بدعوی أنه لا دلیل علی اعتبار القبض فی مثل الفرض، لاختصاص أدلته بما لا یشمله، فإطلاق الأدله و عمومها بحاله بالنسبه إلی نفی شرطیته فیه، و حینئذ فما ذکروه لا یخلو من إشکال، خصوصا بعد اعترافهم بأن المراد مما أطلقه المصنف و غیره من النصب، الحاکم، لا ما یشمل ذلک.

و لو کان الوقف علی مصلحه کالقنطره و المسجد و نحوهما کفی إیقاع الوقف علی اشتراط القبول عند المصنف و جماعه، بل فی المسالک أن وجهه ظاهر، لأن القبول یکون من الموقوف علیه، و قد عرفت أن الموقوف علیه فی مثل ذلک هو الجهه، و لا یعقل اعتبار قبولها، بخلاف ما لو کان الوقف علی معین، فإن قبوله ممکن.

و إن کان لا یخفی علیک ما فیه، ضروره کون القبول جزء من الوقف الذی قد عرفت الإجماع علی أنه من العقود، فهو أولی من القبض الذی هو شرط علی فرض اعتباره، و تکلفوا حصوله بقبض الناظر و الحاکم و غیرهما، و قد مر تحقیق المسأله، و قلنا الظاهر وحده سببیه الوقف، لا أنه عقد فی المعین، و إیقاع فی غیره، و قد استظهرنا کونه عقدا فی الجمیع، فلا بد من القبول من الحاکم أو منصوبه فی المفروض، فضلا عن سابقه.

إنما الکلام فی قول المصنف و من تأخر عنه هنا، و کان القبض إلی الناظر فی تلک المصلحه الذی هو مبنی علی اعتبار القبض فی الوقف مطلقا، حتی فی المسالک نفی الریب عنه، کما أن فیها و فی غیرها أیضا أنه إن کان لتلک المصلحه ناظر شرعی من قبل الواقف تولی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۳.

القبض من غير اشتراط مراجعه الحاكم، لأن الناظر مقدم عليه، فإن لم يكن لها ناظر خاص فالقبض إلى الحاكم.

و إن كان قد يناقش بأن لا دليل على اقتضاء نظارته المستفاده من

عموم «المؤمنون»

ثبوت ولايه له على وجه يكون قبضه لما يوقف على الصرف فيها قبضا عن الموقوف عليه، اللهم إلا أن يقال: إن مشروعيه نظارته تقتضى ذلك، أو يقال: إن الوقف إنما هو على المصلحه التى تحقق ولايته عليها باشتراط النظاره فيها، فيكون وليا لها بالنسبه إلى ذلك.

لكن فيه ما عرفت من أن الوقف فى ذلك على المسلمين و إن صرف فى المصلحه الخاصه لهم، لعدم قابليه الجهه للوقف عليها، و حينئذ فاشتراط نظارته فيها لا تقتضى الولايه على المسلمين على وجه يقوم قبضه ما يوقف لإراده تعميرها و نحوه مقام قبضهم، فضلا عن أن يكون هو مقدما على الحاكم الذى هو الولى العام، و لعله لذا و غيره عبر فى الرياض عن هذا الحكم بلفظ قالوا مشعرا بعدم الإذعان به.

و لو وقف مسجدا صح الوقف، و لو صلى فيه واحد بإذنه بنيه أنه قبض له، بل حتى لو كان هو الواحد، و كذا لو وقف مقبره تصير وقفا بالدفن فيها و لو واحدا كذلك لتحقق القبض حينئذ بذلك، و لعل دليله ما يقال: من الإجماع المستفاد من الإيضاح، و جامع المقاصد، و إن كنا لم نتحققه.

نعم ذكره غير واحد من الأصحاب ذكر المسلمات، فان تم إجماعا و إلا فلا يخفى ما فيه من الإشكال، ضروره أنه لا ولايه للفاعل على جميع الموقوف عليهم، حتى يكون القبض منه بالفعل المزبور قبضا عنهم، على أنه لم يعتبر أحد منهم فى القبض و غيرهما انتفاع القابض بالموقوف فيما وقفه عليه واقفه، و إلا لا كتفى به فى باقى الأوقاف العامه التى قد عرفت أنه لا بد من نصب قيم فيها، و دعوى الفرق بينهما- بأن الوقف فيها على الجهه، فيكفى قبض واحد من عباد الله بخلاف غيرها من الوقف على الفقراء و نحوهم كما ترى لا تستأهل ردا، ضروره أن الوقف هنا على المسلمين أو أخص منهم، كما فى المقبره الخاصه، مع أن الفعل المزبور فرع حصول الوقف لا أنه به يتم الوقف و خصوصا فى أمثال ذلك من المصالح العامه التى مرجعها للمسلمين بل إن أريد

حصر قبضها لمثل ذلك على وجه لا- يجزى غيرها ازداد إشكالا، لمخالفته لعموم ولايه الحاكم المقتضى للاكتفاء بحصول القبض منه، و من منصوبه بالاستيلاء عليه بإذن الواقف، كغيره من الموقوفات من غير حاجه إلى صلاه أو دفن.

و لذا صرح الفاضل فى القواعد و المحقق الثانى فى جامعه و الشهيد الأول فى دروسه، و الثانى فى مسالكه بالاكتفاء به، كما هو المحكى عن الإيضاحين و التنقيح و الكفايه و المفاتيح، إلا أن الجميع ذكروا ذلك بلفظ الأقرب و الأقوى و نحوهما، مشعرين باحتمال العدم، كما صرح به فى جامع المقاصد قال: لعدم النص، و ظاهره وجوده فى الأول، لكن لم نعثر عليه.

و على كل حال فقد قيده غير واحد بوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقق الإقباض الذى هو شرط صحه القبض، و بوقوعهما بنيه القبض أيضا فلو أوقعاه لا بنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قيل الإذن فى الصلاه أو بعدها لا يقصد أما لذهوله عنه، أو لغير ذلك لم يعتب، و هو مؤكد لما قلناه هناك فى القبض.

لكن فى جامع المقاصد و تبعه غيره «و إنما اختص هذا الوقف بنيه القبض، و لم يشترط فى مطلقه، لأن المقصود هنا صرفه إلى الجهه الموقوف عليها، و قبض بعض المستحقين كقبض الأجنبى بالنسبه إلى قبض الموقوف عليه، فلا بد من نيه صادقه له إلى الوقف، بخلاف الوقف على معين، فإن قبضه متحقق لنفسه، و المطلوب صرفه إليه و هو حاصل، فلا حاجه إلى قصد بعينه» و من الفرق يظهر أن القابض لو كان وكيلا عن الموقوف عليه اعتبرا قصده القبض عن الغير، و كذا لو وقف الأب و الجد ما بيدهما على المولى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، و لا يكفى استصحاب يدهما، لأن القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره.

و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا ما فى هذا الكلام، بعد معلوميه كون القبض يقع على وجوه متعدده، فلا بد من تشخيصه بالقصد، و إن كان الوقف على معين سواء كان فى يده المال بعاريه و نحوها أو لم يكن، فلا يكفى فاقد القصد فضلا عن المقصود به عدم قبض

الوقف كما هو واضح مع أنه قد يقال فى المقام الذى فرض دليله إطلاق الأصحاب ذلك، الاكتفاء بذلك كيف كان، للإطلاق المزبور، اللهم إلاـ أن يقال: بانسياق المقصود من القبض منه دون الأـعم، و مثله آت فى الوقف على المعين مع فرض وجود إطلاق يقتضى الاكتفاء به، و إلا فقد عرفت أن ظاهر الأدله القبض المقصود به قبض وقف كما عرفت الكلام فيه مفصلا، و كذا المنساق بعد انحصار الدليل فى الإطلاـق المزبور الوقوع على الوجه الشرعى، و كون المدفون من جمله الموقوف عليهم، و كالمسلم فيما يوقف على المسلمين، و فى حكمه من يتبعه من طفل أو مجنون، بل و المسبى فى وجه قوى كما صرح بذلك كله بعضهم، و إن كان لاـ يخلو من نظر فى بعض الأـفراد التى يمكن دعوى تحقق صدق القبض فيها كالدفن الذى لم يمنع الرائحه مثلا.

و لو صرف الناس فى الصلاه فى المسجد أو فى الدفن و لم يتلفظ ب صيغه الوقف، لم يخرج عن ملكه بلا خلاف أجده فيه هنا و كذا لو تلفظ بالعقد و لم يقبضه بل فى المسالك هذا موضوع وفاق، و إنما نبه به على خلاف أبى حنيفه حيث جعل الوقف متحققا بالاذن مع الصلاه و بالدفن كذلك محتجا بالعرف، و قياسا على تقديم الطعام للضيف، و العرف ممنوع، و الفرق ظاهر.

قلت: لكن قد ذكرنا فى أحكام المساجد أنه قال فى المبسوط: «إذا بنى مسجدا خارج داره فى ملكه، فإن نوى به أن يكون مسجدا يصلى فيه كل من أراده، زال ملكه، و إن لم ينو ذلك فملكه باق عليه، سواء صلى فيه أو لم يصل» و قال فى الذكرى،: «ظاهره الاكتفاء بالنيه، و ليس فى كلامه دلاله على التلفظ، و لعله الأقرب» و نحوه فى الدروس و محكى مجمع البرهان و قلنا هناك، إن دليلهم دعوى السيره من المسلمين على ذلك، و هى ممنوعه، و عن جامع المقاصد أن فى النفس من ذلك شيئا، لأن الحال فيه كالحال فى غيره من العقود مثل النكاح.

قلت: هو حينئذ كالنكاح من العقود الخاصه مما شرعت المعاطاه فيه بالسيره القطعيه عند القائل بها كما نقحناه فى محله إلا أنها لما كانت مفقوده فى مثل المساجد و نحوهما فضلا عن غيره من

الأوقات الخاصه قلنا: أنه كالنكاح لا يجرى فيه إلا العقد، و لا تشرع فيه المعاطاه و إن حكى عن بعض المعاصرين المتأخرين توهم ذلك، إلا أنه كما ترى.

[النظر الثالث فی اللواحق]

اشاره

النظر الثالث: فی اللواحق و فيه مسائل:

[المسأله الأولى الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه]

الأولى: الوقف إذا تم زال عن ملك الواقف عند الأكثر، بل عن المشهور بل فی محكی الغنيه و السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه على ما تفرد به أبو الصلاح فی ظاهر المحكی من كافيه من البقاء على ملك الواقف، مضافا إلى إمكان دعوى القطع به من النصوص التی ستسمع بعضها فی إثبات انتقاله إلى الموقوف عليه و مضافا إلى دعوى كون ذلك هو المراد من إنشائه الذى شرع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقی العقود، و إن جعل لها شرائط صحه و لزوم، خصوصا بعد ملاحظه كونه قسما من الصدقات.

و

قوله (عليه السلام)(۱)«حبس الأصل و سبل الثمره»

لا دلاله فيه على ما ينافی ذلك، ضروره إمكان إراده بقاء الأصل محبوسا و لو على ملك الموقوف عليه، بحيث لا يباع و لا يوهب و لا يورث إذ الحبس فيه مقابل تسبيل الثمره، لا الحبس الذى هو العقد المقتضی بقاء ملك العين للمالك، إذ هو قسيم الوقف، لا نفسه، و

جواز إدخال من يريد فيه- مع صغر الأولاد و إن لم يشترط- قد عرفت منعه عندنا، مع أنه لا يدل على ذلك، ضروره إمكان كونه لدليل شرعی، و هو النصوص السابقه، و إلا فلا إشكال فی كون الثمره للموقوف عليه فتكفی حينئذ فی المنع عن التشريك المزبور كما هو واضح، فما عن بعض العامه- من بقائه على ملك الواقف لذلك و للأصل المقطوع بما عرفت واضح الفساد.

بل الأقوى ما أطلقه المصنف من أنه ينتقل إلى ملك الموقوف عليه كما عن المبسوط و فقه القرآن و الغنيه و السرائر و التذكره و الإرشاد و شرحه لولده و جامع الشرائع و التحرير و المختلف، سواء كان على معين أو غير معين أو جهه عامه حتى المسجد و المقبره التی

١- ١ المستدرك ج ٢ ص ٥١١.

وقف علی المسلمین مثلا، بل فی المسالک نسبه ما فی المتن إلی الأکثر و عن غیرها إلی المشهور لأن فائده الملک باستحقاق النماء و الضمان بالتلف و نحوهما موجوده فیه و نقض ذلک بضمان بواری المسجد و آلاته مع أنها لیست مالا- یدفعه منع عدم کونها مالا، و إلا لم تضمن، ضروره اقتضاء اعتبار المالیه فی الضمان المستفاد من قوله

(علیه السلام)(۱)«من أتلف مال غیره»

و نحوه فیتعین حینئذ ضمانها للمسلمین الذین هم الموقوف علیهم، کباقی أموالهم من أرض

الخراج و غیره، لعلو رتبه ملک، السموات و الأرض عن التشبیه، بملک الآدمیین، و ما کان ذلک فهو لولیه، کما فی الأنفال، و من المعلوم عدم کونه المقام منها.

و علی کل حال فلا محیص عن القول بالملک للموقوف علیه. و المنع من البیع لا ینافیه کما فی أم الولد و غیره مع أنه قد یصح بیعه علی وجه من الوجوه عند کثیر من الأصحاب، و لما سمعته سابقا من أن کل وقف لا بد له من موقوف علیه، بل هو من أرکانه، و أن الوقف علی الجهات فی الحقیقه علی المسلمین، و المراد بالموقوف علیه هو الذی یتصدق علیه بعین الموقوف و منفعته، کما هو صریح ما ورد عنهم (علیهم السلام) فی صدقاتهم.

ف

فی صدقه الکاظم (علیه السلام)(۲)«هذا ما تصدق به موسی بن جعفر (علیه السلام) تصدق بأرضه، بمکان کذا و کذا و حد الأرض کذا و کذا کلها و نخلها و أرضها و بیاضها و مائها و أرجائها و حقوقها و شربها من الماء و کل حق قلیل أو کثیر هو لها فی مرفع أو مظهر أو مفیض أو مرفق أو ساحه أو شعبه أو مشعب أو مسیل أو عامر أو غامر، تصدق بجمیع حقه من ذلک علی ولده من صلبه الرجال أو النساء»

إلی آخره.

بل هو المستفاد من

«قول أمیر المؤمنین (علیه السلام) لما جاءته البشیر بعین ینبع (۳)فقال: بشر الوارث هی

صدقه بتا بتلا فی حجیج بیت الله تعالی و عابر سبیل الله لا تباع و لا توهب و لا تورث فمن

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامین الأخبار.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۵. مع اختلاف یسیر.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۲.

باعها أو وهبها فعليه لعنه الله و الملائكه و الناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا و لا عدلا»

فإن المراد بالوارث الموقوف عليه كما أن المراد من

قوله (عليه السلام) «بته بتلاء»

بائنه منقطعه عن صاحبها، بل لعل

قوله «لاتباع و لا توهب»

يومئ إلى إراده الصدقه بها عينا و منفعه على الموقوف عليه، إلا أن الصدقه بالعين ليس على حد غيرها من الصدقه التى تباع و توهب بل هى له على إراده ملك نحلتها مثلا ملكا مطلقا، على أنه لا إشكال فى أن أمثال هذه العيون و البساتين و الدور و العبيد أموال تضمن بالتلف، و ليس فى الشرع مال بلا مالك، و الفرض خروج الواقف بوقفه عنه، فليس إلا الموقوف عليه الذى قصد التصدق به عليه، و مقتضى شرعيه ذلك ترتب ما قصده عليه لا غيره، على أن رب العزه تعالى عن شبه ملك الآدميين، و انما هو مالك السموات و الأرضين و ما نحن فيه من الملك المالى المختص بالآدميين، و ملكه بالمعنى المزبور إنما هو لوليه كما فى النص، و التزام ذلك هنا معلوم الفساد، ضروره عدم كون العين الموقوفه من الأنفال التى هى للإمام (عليه السلام) بحق الإمامه، كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام كما هو واضح.

و بذلك كله ظهر لك وجه الدليل فى المسأله، لا ما يذكر فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما مما هو واضح الضعف، و من الغريب مع اعتراف بعضهم بضعف ما ذكروه دليلا قال: الأقوى الانتقال إليه، لكنه إنما يتم فى الموقوف عليه المعين، أما لو كان على جهه عامه أو مسجد و نحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى شأنه، لتساوى نسبه كل واحد من المستحقين إليه و استحاله ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين، للإجماع و استحاله الترجيح و لا- المجموع من حيث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به.

و كأنه تبع بذلك الفاضل فى قواعده حيث أنه بعد أن جزم بزوال الوقف عن مالكه قال: «ثم إن كان مسجدا فهو فك ملك، كالتحرير، و إن كان على معين فالأقرب أنه يملكه، و إن كان على جهه عامه فالأقرب أن الملك لله تعالى» و إن كان مخالفا له فى المسجد و نحوه.

و فيه أولا- مضافا إلى ما عرفت إمكان دعوى الإجماع منا على الانتقال إلى الموقوف عليه، خصوصا فى المعين، و إن أرسل فى محكى المبسوط و السرائر قولا بالانتقال إلى الله تعالى إلا أن

الظاهر كونه للعامه كما لا- يخفى على المتتبع، بل قيل: ظاهر التذكره أو صريحها أن الخلاف بين الخاصه و العامه فى أنه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله سبحانه و تعالى- إنما هو فيما إذا وقف على معين أو جهه عامه.

و ثانيا: إمكان دعوى القطع باتحاد كيفيه سببيه الوقف، و أن مقتضاه مقتضى واحد سواء كان متعلقه عامه أو خاصا و لا إشكال فى اقتضائه الانتقال إلى المعين، فيثبت فى غيره أيضا مطلقا، إذ كل وقف لا بد له من موقوف عليه كما عرفته فى محله.

و ثالثا: قد ذكرنا غير مره أن نسبه الملك إلى الكلى كنسبه المملوكيه له ثابته فى الشرع، و لا محيص عن القول بها فى مثل الزكاه و الخمس و الأرض المفتوحه عنوه و الوصيه و النذور؟

و غيرها، فما ندرى ما السبب الذى دعاهم إلى هذه التكلفات و التجسمات التى لا توافق قواعد الفقه، خصوصا بعد احتماله فى الدروس أن الملك فى المسجد فضلا عن غيره للمسلمين، ضروره اقتضاء ذلك عدم امتناعه، فيجب أن يكون هو مقتضى العقد الذى قد قصد به الصدقه بالعين و المنفعه عليهم، لكن على الوجه الذى اعتبره الواقف «فإن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» بالنسبه إلى ذلك.

و لعله لذا أطلق المصنف و المعظم أن الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه لمعلوميه عدم خلو وقف عن موقوف عليه، إما عام، و إما خاص حتى الوقف على الجهات، بل لعل ما تقدم من الفاضل من جواز وقف البقره للحرث مثلا خاصه، على معنى بقاء غيره من المنافع على ملك المالك أيضا كذلك فتكون عين البقره و منفعتها الخاصه للموقوف عليه، و إن بقى غيرها من المنافع على ملك الواقف كما لو استثنى بعض المنافع من تسبيل الوقف، فتأمل جيدا فى ذلك بل و فى غيره من الوقف المنقطع بناء على المختار عندنا من أنه قسم من الوقف لا أنه حبس، فيتجه حينئذ ما ذكرناه فى الوقف المؤبد، و الله العالم.

و بذلك كله يظهر لك النظر فيما فى جمله من كتب الأصحاب كالدروس و الإيضاح و جامع المقاصد و غيرها، فتأمل جيدا.

فلو وقف عبده أو حصه من عبد مشترک بینه و بین غیره مثلا ثم أعتقه لم یصح العتق قطعا لخروجه عن ملکه عندنا

«و لا عتق فی ملک (۱)»

بـل و عن القول ببقـائه له، لمنافـاته مـا سـبق من الوقف المقتضـی حبس العین علی وجه لاـ تتغیر عینـا و لا منفعه عما وقعت علیه بسـبب قهری کالإرث فضـلا عن الاختیاری من بیع و نحوه، و فسـخه بالشفعه إنما هو لسبق تعلقها بالعین قبل حصوله، فکأنه صار وقفا مستحقا فی عینه الشفقه و لیس کذلک الخیار المتعلق بالعقد دون العین کما أوضحناه فی محله.

و علی کل حال ظاهر أدله مشـروعیته عدم تغیره بسبب من الأسباب إلا ما خرج و من هنا لو أعتقه الموقوف علیه الذی قد عرفت أنه

المالـک عنـدنا لم یصـح أیضا لما سـمعت، و لتعلق حق البطون به حیث یکون مؤبـدا علیهم مثلا، بل و کـذا الحال فیما لو أعتقه الشـریک و إن مضی العقد فی حصته و (۱۱) لکن لم یقوم علیه (۱۲) فی الحصه التی هی الوقف، لمـا عرفت من اقتضاء الوقف بقاءهـا و ل (۱۳) کن فی المتن تعلیله ب أن العتق لا ینفـذ فیه مباشـره فأولی أن لا ینفـذ سـرایه (۱۴) لأن العتق مباشـره أقوی من العتق بالسـرایه، لأنه یؤثر إزاله الرق بلا واسطه، و هی إنما تؤثر فیه بالواسـطه، و لأنها من خواص عتق المباشـره و توابعه، فإذا لم یؤثر الأقوی المتبوع و ذو الخاصه فالأضعف و التابع أولی فاتجه له أن یقول.

و یلزم من القول بانتقاله إلی الموقوف علیهم انفکاکه من الرق و یفرق بین العتق مباشـره و بینه سـرایه (۱۵) لفقدان الشرط الأول ل أن العتق مباشـره یتوقف علی انحصار الملک فی المباشـر أو فیه و فی شـریکه (۱۶) و هو هنـا مفقود لتعلق حق البطون و لیس کذلک افتکاکه فإنه (۱۷) لا یشترط فیه ذلک إذ هو ازاله للرق شرعا (۱۸) بطریق القهر ل

قوله (علیه السلام)(۲)«من أعتق شقصا من عبد و له مال قوم علیه الباقی»

و حینئذ فیسری فی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب العتق.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۱- من أبواب العتق الحدیث- ۸.

باقيه، و يضمن الشريک القيمه، لأنه يجرى مجرى الإتلاف الموجب لذلک.

و لکن فيه تردد بل منع بعد ما عرفت من أن الدليل ظهور أدله الوقف فى بقاء العين على وجه لا- يؤثر فى تغييرها عنه السبب الاختيارى بعوض و دونه کالهبه و البيع، و لا القهرى کالإرث.

بل لعل ما فى النصوص من أنه لا تباع و لا توهب و لا تورث يشير إلى ذلک، و حينئذ فلا يعارضه أدله الأسباب الأخر من غير فرق بين دليل السرايه و غيره- مع عدم (۱)(تمامها) فى المنقطع بناء على المختار من کونه قسما من الوقف حقيقه لا حبسا و ليس مبنى المنع شرکه البطون التى لاحظها المصنف فى الفرق بين العتق مباشره و سرايه.

على أنه قيل: من شرط السرايه، أن تستلزم الانتقال إلى ملک المعتق و هو مفقود فى المقام فلا ريب فى عدم نفوذ العتق فيه مباشره و لا سرايه وفاقا للمشهور، بل فى المسالک کاد أن يکون إجماعا بل لم أجد قائلا بخلافه.

ثم إن ظاهر المتن اختصاص جريان الاحتمال المزبور على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، دون القول ببقائه على ملک الواقف أو انتقاله إلى الله تعالى شأنه، بل هو صريح الدروس حيث قال: «إن الوجهين مبنيان على المالک، فإن قلنا: هو الله تعالى أو الواقف فلا سرايه، و إن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السرايه».

و فى غايه المراد «أن احتمال التقويم على تقدير القول بالانتقال إلى الله تعالى و يقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم» و لم يتعرض لحکمه على القول ببقائه على ملک الواقف، و ربما وجه بأن انتقاله إلى الله سبحانه فى معنى التحرير فلا وجه للسرايه فيه، إلا- أنه کما ترى، ضروره إراده قطع سلطنه الآدميين عنه، و إلا- فهو کملکهم و لذا يباع فى بعض الوجوه، و حينئذ فلا مانع من نفوذ العتق فيه مع الدليل، کما أن توجيه عدم السرايه فيه- على القول ببقائه على ملک الواقف، بأنه ليس ملکا محضا له لملک البطون منفعته بالوقف، و من شرط السرايه محضيه الملک- واضح المناقشه بأن دليلها عام.

۱- ۱ هکذا فى النسخ و الظاهر« تماميتها».

و من هنـا قال فی المسالک: «الحق أن الاحتمال قائم علی الجمیع، لأن عموم خبر السـرایه شامل للجمیع، و المنع مباشـره لعارض موجـود کـذلک، و قـد قررنـاه سابقـا، و الفرق بین ملـک الواقـف و الموقـف علیه ضـعیف جـدا، فـإن کلاـم منهمـا، ممنوع من التصرف، أما لحق الموقوف علیه مطلقا، أو لباقی البطون، أو لعموم اقتضاء الوقف تحبیس الأصل عن مثل هذا التصرف.

قلت: و دعوی أنها علی خلاف القواعد فیقتصر فیها علی المتیقن، و هو غیر الملک المفروض تقتضی عدم جریانها حتی إذا کان الملک للموقوف علیهم کما هو واضح، و الأمر سهل بعد معلومیه الحال.

[المسأله الثانیه إذا وقف مملوکا کانت نفقته فی کسبه]

المسـأله الثـانیه: إذا وقف مملوکـا ففی محکی المبسوط کـانت نفقته فی کسـبه شـرط ذلـک أو لم یشترط و إن قلنـا بانتقاله إلی الموقوف علیه، لأـن نفقته من شـروط بقائه کعماره العقار، و هی مقـدمه من غلته علی حق الموقوف علیه، و لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف علیه، و هو موقوف علی بقاء عینه و إنما تبقی بالنفقه فیصیر کأنه شرطها من کسبه.

نعم لـو عجز عن الاکتسـاب بمـا لاـ ینعتـق به، کـانت نفقته علی الموقـوف علیهم و فیه أن الکسب أحـد أموال المولی الـذی هو الموقوف علیه و لا دلیل علی اختصاص الإنفاق الواجب علیه من المال المزبور، و کذا العقار الا مع الشرط المفروض عدمه.

و من هنـا لـو قیـل فی المسـألتین کـذلک أی أنهـا علیهم بنـاء علی الانتقـال إلیهم کـان أشـبه بالأـدله لأـن هـا مطلقه فی أن نفقه المملـوک تلزم المالـک مـن غیر فرق بیـن الموقـوف علیـه و غیره، و بیـن کسـبه و غیره، و مـن هنـا اختـاره جمیـع من تـأخر عن المصنف.

نعم قیده جماعه بما إذا کانوا معینین، و إلا کانتفی کسبه، إن کان ذا کسب، قال بعضهم:

و إلا ففی بیت المال، فإن لم یکن بیت مال وجبت کفایه کغیرها من المحتاجین، بل فی الدروس هی فی کسـبه أیضا، و ان کان لمعینین إن قلنا بأن الملک لله تعالی، فإن تعذر فعلی الموقوف

عليهم، و بناه فی المسالک علی أن نفقه الأجیر الخاص و الموصی بخدمته علی مستحق المنافع أم لا، لإن جعلناها علیه فهی علی الموقوف عليهم أيضا، و إلا ففی كسبه، فإن تعذر ففی بيت المال، و يحتمل كونها فی بيت المال مطلقا، ثم قال: «و على القول بكونه للواقف، فالنفقه على الموقوف عليه على الأول و على الواقف على الثانى، فإن تعذر لإعسار أو غيره ففى كسبه، فإن قصر ففى بيت المال و يحتمل تقديم كسبه، و تقديم بيت المال» و عن الإيضاح و ظاهر الدروس أو صريحها أنها فى كسبه، و عن ظاهر التذكره فى بيت المال.

و لكن لا يخفى عليك أن مقتضى إطلاق دليل لزوم النفقه للمالك عدم الفرق بين كونه معينا أو غير معين، مع فرض وجود مال للأخير كما لو فرض أنه للفقراء. و لهم مال زكاه أو غيرها، فلا يتعين كونه فى كسبه، و كذا لو قلنا: أنه لله تعالى شأنه كانت نفقته على غيره من أموال الله تعالى إن كانت، و الا- وجب على بيت المال، أو على الناس كفايه كغيره من المحتاجين، و بناء على أنه للواقف تكون النفقه عليه، و فإنه تعذر كان فى بيت المال، و إلا- وجب على الناس كفايه، لأن المولى هو، لا مالك المنفعه، فالنفقه عليه، و كذا نفقه الأجير و الموصى بخدمته إن لم يفهم الاشتراط، أو يكون متعارفا ينزل عليه العقد، و كذا الكلام فى مؤنه تجهيزه بعد مدته، و أما عماره العقار مع عدم الشرط فلا يتعين كونها من غلته، بل لهم بذلها من غيره.

نعم مع عدمه أخذت عمارته منها، لمعلوميه إراده بقاء العين، فإذا قصرت لم تجب على أحد، بخلاف الحيوان الذى يجب حفظ حياته لمكان النفس المحترمه، و ربما تسمع فى النفقات ماله دخل فى المقام.

و على كل حال ف لو صار مقعدا مثلا انعتق عندنا فتسقط حينئذ عند الخدمه و عن مولاه نفقته لصيرورته حرا فيجرى عليه حينئذ حكم الأحرار و كأنه لا- خلاف فى ذلك بيننا، و لولاه لأمكن الإشكال فى تأثير نحو هذه الأسباب العتق لنحو ما سمعته فى السرايه، اللهم إلا أن يدعى قوه دليلها على أدله الوقف و لو لهذا التسالم.

[المسأله الثالثه لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص]

المسأله الثالثه: لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه لعموم أدلته على وجه لا تصلح أدله الوقف لمعارضتها فإن كانت

دون النفس بقى الباقى وقفا للأصل، و إن كانت نفسا اقتصا منه، و بطل الوقف حينئذ بانتفاء موضوعه، و ليس للمجنى عليه استرقاقه هنا كما هو ظاهر الأكثر، و إن جاز فى غيره، لما فيه من إبطال الوقف الذى قد عرفت اقتضاء الصحيح منه بقاء العين على حالها حتى يرثها وارث السموات و الأرض.

لكن فى جامع المقاصد و المسالك أن له ذلك، لأولويته من استحقاق الإبطال بالقتل بعد مطلوبيه العفو شرعا، بل فيه جمع بين ذلك، و بين حق المجنى عليه، و التأييد فى الوقف إنما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه، و هو موجود هنا فى القتل الذى هو أقوى من الاسترقاق، و هو كما ترى بعد القطع بعدم الأولويه المزبوره، و حرمه القياس عندنا و التخيير الثابت للمجنى عليه إنما هو فى غير الفرض المعتذر فيه أحد الفردين، لظهور قوه أدله الوقف على ذلك من وجوه بالنسبه إليه، دون القصاص الذى لا مدخليه له فى تغيير الوقف المستفاد منعه من الأدله الظاهره فى إراده نقله عما هو عليه بالنسب الاختيارى أو القهرى، لا نحو ذلك الذى هو من قبيل حده بالارتداد و نحوه، و لذا يتعين حينئذ القصاص دونه.

و إن كانت الجنايه خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه و إن كان ذا كسب، كما عن الشيخ و جماعه، بناء على الانتقال إليهم لتعذر استيفائها من رقبته الموقوفه، لاقتضاء ذلك بطلان الوقف فى الكل و البعض فيتعين عليه الفرد الآخر من التخيير، و هو الفداء كما تعين القصاص من الفردين فى الأول.

و قيل: كما عن الشيخ أيضا يتعلق المال بكسبه، لأن المولى لا يعقل عبده و لا يجوز إهدار الجنايه، و لا طريق إلى عتقه فيتوقع فيتعين ذلك جمعا بين الحقين و هو هنا أشبه عند المصنف وفاقا للقواعد و غيرها، بل عن ظاهر التذكره الإجماع عليه، و فيه أن كسبه أحد أموال المولى، فالتأديه منه يقتضى عقل المولى له، و لا دليل على اختصاص هذا المال من أمواله على أنه لا يتم فى غير الكسوب.

و من هنا قال فى المسالك: «يتجه حينئذ تعلق حق الجنايه برقبته، إذا لم يكن كسوبا، فيجوز بيعه كما يقتل فى العمد، بل هو أدنى منه».

و فيه أن ذلك يقتضى ترجيح أدله الجنايه على أدله الوقف، و حينئذ يتجه تعلقها من أول

الأمر برقبته، إلا أن يفديه المولى، كما احتمله الفاضل فى المحكى من المختلف، و لعله لا يخلو من قوه، و إلا كان المتجه سقوط حق الجنايه عن المولى مطلقا حتى فى كسب العبد الذى هو أحد أمواله، لأنه لا يعقل عبده، فينتظر حينئذ انعتاقه القهرى أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحر المعسر.

و بالجمله فالمتعين فى المسأله أحد الاحتمالين، و إن كان الأول أقواهما، لا التعلق بمال المولى مطلقا، و لا خصوص كسبه، فإن لم يكن كسوبا فبرقبته، إذ لا يخفى عليك خروجهما عن قواعد الفقه، و لا ينافى ذلك ما ذكرناه فى مسأله العمد الذى تعين حق الجنايه، و عدم بطلان دم المسلم بالقصاص، بخلافه هنا، لأنه مع عدم التعلق برقبته الذى هو مقتضى دليل الجنايه يقتضى بطلان دم المسلم مرجوجيه حق الجنايه بالنسبه إلى حق الوقف، و المعلوم خلافه فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع و الله العالم.

هذا كله على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، أما لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى ففى القواعد و غيرها تعلق بكسبه، بل فى المسالك «هو كذلك قطعا- لكن قال متصلا بذلك- و يحتمل تعلقها بمال الواقف بيت المال، بل فى القواعد و كذا إن كان على المساكين أو على المعسر أى فى التعلق بالكسب.

و لكن لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرنا أنه لا فرق بين الجميع فيما سمعته من الاحتمالين و أقواهما.

أما لو جنى عليه فإن أوجبت الجنايه أرشا لكونها خطأ أو كان الجانى حرا فللموجودين من الموقوف عليهم دون غيرهم كما فى محكى السرائر و التبصره، و احتمله فى القواعد و قواه فى محكى المبسوط و الإيضاح لكونه حينئذ شبه المنفعه المختصه بهم، إن لم يكن منها، فلا استحقاق لغيرهم من البطون الذين يتوقف استحقاقهم على وجودهم المفروض عدمه، و على وجود العين الموقوفه.

و إن كانت نفسا توجب القصاص فإليهم بناء على أنهم المالكون، بل ربما احتمل ذلك حتى على القول بكون المالك هو الله تعالى شأنه، من حيث استحقاقهم المنفعه،

و لاحتمال مصالحه القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقا أو وقفا، و ان كان هو كما ترى، بل المتجه أنه للحاكم، و إلا لاقتضى كون ذلك إليهم و إن كان المالك الواقف و إن لم أجد من احتمله، ضروره منافاته ما دل على كون ذلك للمولى الذى هو مالك الرقبه قطعا لا المنفعه.

و إن أوجبت ديه أخذت من الجانى قطعا و هل يقام بها مقامه؟ قيل:

نعم و اختاره فى المسالك لأن الديه عوض رقبته و هى ليست ملكا تاما للموجودين، ل تعلق حق لبطون بها، و لو بالقوه القريبه باعتبار حصول سبب الملك، و مقدماته حينئذ فيلحق القيمه حينئذ حكم العين، و لا يكون ذلك الا بشراء مثلها و وقفها، و لأن الوقف تابع لبقاء الماليه، و لهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيع ما يكون وقفا، و لأن حق الوقف أولى من نحو حق الرهن الذى يتعلق بالقيمه.

و قيل: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم لعين ما سمعته فى الأرش ضروره أنها عوض المنافع فى الحقيقه، لعدم قيمه للعين مسلوبه منها، فكان المنافع أجمع وجدت دفعه لا تدريجا كى يستحقها البطون بتدرجهم.

و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأن الوقف تعلق بالعين الذى فرض نقلها، المقتضى لبطلان الوقف و انقطاع حق البطون، و لم يتناول القيمه و الا لاقتضى صيرورتها نفسها وقفا، و الشراء بها عبدا مماثلا بالذكوره أو الأنوثه أو شقصا فيكون وقفا أو بصيغه جديده من الموقوف عليهم، أو من الحاكم الذى هو ولى البطون فيتولى الشراء و الوقف مع التمكن منه أو منصوبه و الا فعدول المؤمنين حسبه أحكام شرعيه تحتاج إلى دليل، و لا تكفى فيها البدليه المعنويه و أسبق إلى الذهن ذلك لكنه من الاستحسان الفاسد عندنا، مع عدم الدليل المعتبر على أن وقف العين المشتراه بالقيمه على الموجودين مع فرض كونها ملكهم، مناف لوجوب إخراج الواقف نفسه عن الوقف، سواء كانوا هم الواقفين أو الحاكم إذ لا- نيابه عن الواقف الأصلى الذى قد فرض خروجه عن العين بوقفه، و أضعف من ذلك دعوى مساواه الأرش للديه فى ذلك كله، خصوصا فى أرش الصفه و نحوها، على أنه حيث يكون المستحق القصاص فالديه عوض عن نفس الجانى المستحق ازهاقها، لا نفس المجنى عليه

التی کانت وقفا، و الفرض عدم القول بالفصل، بل هی علی کل حال من الإبدال الشرعیه عن النفس، بمعنی ترتب حکم شرعی بالسبب المزبور، لا البدلیه المقتضیه للحقوق أحکام المبدل منه، بل اللازم علی ما ذکروه أنه مع تعذر العین المماثله و الشقص یتجه شراء مال آخر و وقفه.

بل یشکل الحال فی أرش- مثلا- لا یقابل ما لا تنتفع به البطون الذی مدار هذه الاحکام علی مراعاه حقهم، و لعل احتمال کون الدیه هنا للواقف- باعتبار بطلان الوقف الذی من أرکانه بقاء العین و الانتفاع بها، فیکون من قبیل الوقف المنقطع، و لو بانقطاع بقاء العین- أو لبیت المال لتزاحم الامارات فیها، أولی مما ذکروه.

و کیف کان فقد ظهر لک النظر فی المباحث المذکوره فی المسالک و غیرها التی منها- هل للموقوف علیهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الدیه؟ یبنی علی أن البطون اللاحقه هل تشارک فیه، أم لا، فعلی الأول لیس لهم العفو، و علی الثانی لهم، لانحصار الحق فیهم، و علی تقدیر المشارکه لو عفی الأول فللثانی أن یستوفی لوجود سبب الاستحقاق من حین الجنایه، و إن لم یثبت بالفعل، مع احتمال العدم لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو، و علی تقدیر جواز استیفاء الثانی هل له القصاص کالأول لو کانت الجنایه توجبه، أو تختص بالدیه وجهان، من مساواته للأول فی الاستحقاق، و من تغلیب جانب العفو بحصوله من الأول، و الأقوی الأول، و کأنه أخذ بعض ذلک مما فی القواعد من أنه لو جنی علیه بما یوجب القصاص، و فإن اقتص الموقوف علیهم استوفی، و إن عفی فهل لمن بعده من البطلان الاستیفاء الأقرب ذلک إن لم یکن نفسا.

و فیه أنه مناف لما ذکروه أجمع بلا اشکال و لا تردد، من أن للموقوف علیهم الموجودین استیفاء القصاص، بناء علی انتقال العین إلیهم بلا غرامه منهم للبطون اللاحقه، و علی تقدیر أنها لله تعالی- یتولاه الحاکم- أو للواقف یتولاه هو، و یحتمل علی ضعف الموقوف علیهم فیهما کما تقدم سابقا- ضروره أنه لا یتجه استیفاؤهم له، مع فرض مشارکه البطون اللاحقه لهم فیه، کما أن المتجه مع فرض أن ذلک لهم جواز عفوهم عنهم لمعلومیه تخییر ذی الحق بین استیفائه

و بين العفو عنه، و ليس للبطون الآتيه القصاص حينئذ لعدم حق لهم فيه، و إن لوحظ قاعده استيفاء حق القصاص للمشتركين أنه إن عفى أحدهم دون الآخر، كان له القصاص مع غرامه ما يخص من عفى من الديه، فيتجه حينئذ بناء على الاشتراك هنا غرامه من يقتص منهم الديه تماما للآخرين لعدم معلوميه التوزيع هنا، مع عدم انحصار الموقوف عليهم، و دعوى- أن ذلك يوجب عدم الغرامه- ليس بأولى من دعوى عدم جواز القصاص مع العفو عن بعضهم.

كل ذلك مضافا إلى ما في القواعد من إشكال الفرق بين الطرف و النفس، و إن كان قد يوجه باقتضاء الجنايه على النفس بطلان الوقف، فلا حق حينئذ للبطون، بخلاف الأطراف، فإن حق الوقف باق ببقاء محله، لكنه كما ترى، ضروره اقتضاء ذلك اختصاص الواقف بالديه في الجنايه على النفس خطأ لبطلان الوقف، بل مقتضاه أن ولايه القصاص له، و إن قلنا بالانتقال إليهم لانتقال ملكهم الوقفي بتلف ملك العين المفروض كونه من مبطلات الوقف نحو الانقطاع بموت الموقوف عليهم، و فرق واضح بين انتهاء الوقف، و بين بطلانه هذا.

و عن الإيضاح أنه حكى قولا بأن البطون يستوفون الديه لتغليب العفو و قال أنه الأصح، و عن الكركي إن فيه قوه.

و فيه إن العفو مع صحته على مال أو مطلقا يقتضي السقوط مطلقا، و إلا فلا يؤثر شيئا، و جميع هذه الاحتمالات و التهجسات نشأت من احتمال بقاء أثر عقد الوقف مع تلف العين بنحو ذلك، فينتقل أثره إلى ما أوجبه الإتلاف المزبور، و لو القصاص، إلا أنه هو كما ترى، و إنما المتجه اختصاص الموقوف عليهم، بناء على الانتقال إليهم بذلك قصاصا أو ديه أو أرشا، أو بطلان الوقف و رجوع ذلك إلى الواقف، أو يرجع أمره إلى والي المسلمين، لعدم معرفه حاله، و لعلها مترتبه بالقوه و الضعف، و إن لم أجد المصرح بالأخيرين.

و لا يخفى عليك بعد ذلك كله الحال فيما لو كان الجاني عبد و استرق كله أو بعضه بجنايته، فهل يختص به الموجودون أو يكون وقفا، إذ هو على البحث السابق، و كذا لو اتفق هو و مولاه على الفداء، فهل يختصون به أيضا، أو يشترى به عبدا أو شقصا أو مالا آخر يكون وقفا؟

[المسأله الرابعه إذا وقف فی سبیل الله انصرف إلی جمیع ما یکون وصله إلی الثواب]

المسأله الرابعه: إذا وقف فی سبیل الله انصرف إلی جمیع ما یکون وصله و طریقا إلی الثواب، کالغزاه و الحج و العمره و بناء القناطر و المساجد و نفع المحاویج و نحو ذلک مما هو طریق إلی ثوابه و رضوانه، کما هو المعروف بین الأصحاب، بل عن ابنی زهره و إدریس فی بحث الوصیه الإجماع علیه، و هو الحجه مضافا إلی الفهم عرفا، و إلی الخبر المروی عن تفسیر علی بن إبراهیم (۱)علی ما تقدم مفصلا فی کتاب الزکاه خلافا للمحکی عن الشیخ من اختصاصه بالغزاه المطوعه دون العسکر المقاتل علی باب السلطان، و بالحج و العمره فیقسم أثلاثا، و ابن حمزه من اختصاصه

بالمجاهدین إذ هو کما تری، مناف للمفهوم- عرفا و لغه- من ذلک بلا دلیل و إن کان ما ذکروه أقوی فی الدلاله، الا أنه لا یمنع من تناول غیره مما یدخل فی مفهومه و ملاحظه معنی الطریق فی ذلک لا یقتضی التخصیص المزبور عرفا کما هو واضح.

و کذا لو قال فی سبیل الله تعالی و سبیل الثواب و سبیل الخیر کان واحدا بمقتضی الفهم عرفا و حینئذ ف لا یجب قسمه الفائده أثلاثا أحدها للغزاه و الحج و العمره و هو سبیل الله، و الثانی: للفقراء و المساکین و یبدأ بأقاربه و هو سبیل الثواب، و الثالث: لأصناف الزکاه و هو سبیل الخیر. کما عن الشیخ لعدم الدلیل علی ذلک علی وجه یقتضی الخروج عن مفهوم اللفظ لغه و عرفا، و دعوی أنه کذلک فیها لا یخفی علیک ما فیها.

[المسأله الخامسه إذا کان له موال من أعلی و موال من أسفل ثم وقف علی موالیه انصرف الوقف إلیهما]

المسأله الخامسه: إذا کان له موال من أعلی و هم المعتقون له أو من انتهی إلیه ولاء العتق و موال من أسفل و هم الذین أعتقهم و من انتقل إلیه ولاؤه، ثم وقف علی موالیه، فان علم أنه أراد أحدهما بقرینه حال أو مقال انصرف الوقف إلیه (۱۱) بلا خلاف و لا اشکال، کما إذا لم یکن إلا أحدهما، بناء علی أنه قرینه علی عدم إراده غیر الموجود، و لو مع الضم إلی الموجود، و إن لم یعلم (۱۲) ففی المسالک، «رجع إلیه فی تفسیره، لأنه أعلم لما أراد، فإن تعذر الرجوع إلیه أو قال: إنه لم یقصد شیئا بخصوصه، و إنما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث- ۷.

وقف على مدلول هذا اللفظ، ففى بطلان الوقف أو صرفه إليهما، أو أحدهما أقوال».

و فيه إنه لا وجه لتعيين الرجوع اليه، بناء على أن اللفظ ظاهر ينصرف إليه، كما أنه لا بد من التأمل فى تصور المسأله هنا، حيث يقول إنى لم أقصد شيئا مع أنك قد عرفت فيما سلف الإجماع على اعتبار معلوميه الموقوف عليه و تمييزه، و لو بجهه العموم، ضروره اعتبار قصد إنشاء التمليك للمنفعه، أو مع العين منه، خصوصا فى الوقف الخاص المحتاج إلى قبول للإنشاء الذى توجه إليه على أن المشترك اللفظى لا مدلول له بالخصوص يحمل عليه من دون قصد.

و على كل حال فالأمر فى ذلك سهل، إذ يكفى فى ذلك تصور المسأله الصوره الأولى:

و حكمها عند المصنف و جماعه أنه إذا كان كذلك انصرف الوقف إليهما وفاقا للمشهور، كما عن الدروس، و هو مبنى على جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى مطلقا أو إذا كان للفظ الجمع، و أنه يحمل على إراده جميع المعانى مع التجرد عن القرائن مطلقا، و إذا كان بلفظ الجمع الذى لا يعتبر فيه- و فى التثنيه- اتفاق المعنى، كما صرح به بعض النحويين، لأنه بمثابه العطف بالواو، خلافا لجماعه فأبطلوه، بناء على عدم جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى و ان كان بلفظ الجمع أو على عدم حمله على الجميع مع التجرد.

قال فى المسالك: «و إن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقه بطل، لعدم تعين مصرفه، سواء جوزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا، أما على الأول فظاهر، و أما على الثانى فلأنه حينئذ بمنزله المفرد المشترك، و حكمه كذلك، و تبعه عليه غيره».

قلت: قد حققنا فى الأصول جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى واحد لكن على جهه المجاز، و أن المعتبر فى الجميع اتفاق المعنى مع اتفاق اللفظ، و أنه لا يحمل اللفظ المشترك على الجميع مع التجرد عن القرائن، بل على معنى واحد منها بخصوصه، إلا أنه مع ذلك كله قد يقال: بالصحه فى المقام، و يستخرج الموقوف عليه بالقرعه، بعد فرض اجتماع باقى شرائط الصحه فيه، إذ إجمال الموقوف عليه فى الظاهر لا يقتضى بطلان الوقف، بل هو كالمشتبه فى الأثناء.

نعم لو فرض تجرد الواقف عن قصد واحد بخصوصه، اتجه البطلان، و لكنه خلاف ظاهر الاستعمال، خصوصا فى مثل المقام، و أما بناء الصحه فى الفرض على أنه مشترك معنوى كما عن الشيخ فهو مناف للمحكى عن نص أهل اللغه على الاشتراك اللفظى، بل و للعرف الآن عندنا، خصوصا مع عدم صلاحيه قدر مشترك بينهما يقصده المستعمل و كذا ما عن ابن حمزه من أنه إن جمع اللفظ حمل عليهما، و إن أفرد حمل على الأعلى، بقرينه المكافاه للإحسان، و أضعف منه ما عن بعض الشافعيه من الحمل على المولى من أسفل خاصه بقرينه محتاجا فتوجه النفس إلى الوقف عليه لشده حاجته بخلاف الأعلى، لأنه على العكس غالبا إذ هو كما ترى لا يستأهل ردا، و مما ذكرنا يعلم لك الحال فيما لو كان الوقف بلفظ المفرد، كما أنه يظهر لك الحال أيضا فى ظاهر جمله من الكلمات هنا و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا وقف على أولاد أولاده، اشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم و إناثهم]

المسأله السادسه: إذا وقف على أولاد أولاده، اشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم كما عن الشيخ و إناثهم بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع صريحا و ظاهرا عليه من غير واحد، بل لعله لا اشكال فيه بناء على تناول اسم الولد الذى هو بمعنى التولد منه لهما حقيقه، و إن كان هو محل تأمل فى عرفنا الآن، بل لعل الظن بالعدم كما أنه لا اشكال و لا خلاف فى اشتراكهم فى ذلك من غير تفصيل لأنه المفهوم عرفا من إطلاق سبب الاستحقاق المفروض اتحادهم فيه، بل الأظهر دخول الخناثى معهم أيضا كذلك، و إن قلنا إنهم طبقه مستقله، لصدق اسم الولد بالمعنى المزبور عليها.

نعم لو كان وقفه على البنين خاصه، قيل: لم يدخلن، كالبنات، و على البنات لم يدخلن كالبنين، و عليهما بنى دخولهم- على عدم خروجهم عن الصنفين فى نفس الأمر، لقوله تعالى (۱)«يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِناثاً» إلى آخره و لاستخراج أحدهما بالعلامات و مع فقدها نصف النصيبين- و خروجهم على كونهم واسطه لعدم ظهور الآيه فى الحصر و لا كلام فيه مع وجود

العلامات، كما لا دلاله فى نصف النصيبين على ذلك، بل يمكن دلالته على عدمه، ضروره جواز كون نصيبها المتوسط، لأنها متوسطه الحقيقه.

۱- ۱ سوره الشورى الآيه- ۴۹.

قلت: قد يقال: إن المتجه القرعه فى الأول كما فى الدروس قال: «لأنها فى نفس الأمر من أحد الصنفين» قلت: بل لعله كذلك، و إن قلنا بالواسطه، فتتجه القرعه، حتى فى الثانى أيضا، إذ هى غير معلومه اللهم إلا أن يقال: بتشخيصها حينئذ بالخروج عنها بعدم ظهور أماره أحدهما، و إلا فالأصول متعارضه حتى أصاله عدم الاستحقاق، فإنه معارض بأصاله عدم اختصاص غيرها به أيضا، و منه يظهر قوه القول بها فى الأول، فتأمل جيدا.

ثم لا يخفى عليك أن المراد هنا بيان اندراج أولاد البنين و البنات فى الدرجه الأولى فى أولاد الأولاد، لصدق الولد على الذكر و الأنثى، لا بيان دخول أولاد أولاد الذكور من الدرجه الثانيه و الثالثه، و هكذا كما احتمله فى الرياض، و أشكله فى أولاد بنات أولاد الواقف، بناء على المشهور بأنهم ليسوا بأولاد حقيقه لأولاده بخلاف أولاد أولاده الذكور، فإنهم أولاد أولاد حقيقه، و إن نزلوا إجماعا إذ هو كما ترى مناف لما تسمعه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على أولاده و أولاد أولاده بالبطنين فيما لو قال: أولادى، و أولادى أولادى، لدعوى الانصراف عرفا فلا وجه لاحتمال إرادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح.

و على كل حال فذلك غير ما نحن فيه أما لو قال من انتسبا إلى منهم لم يدخل أولاد البنات على الأشهر بل المشهور، بل يمكن دعوى الإجماع من الجميع، فان المرتضى و ابن إدريس و إن قالا فيما لو قال أولادى و أولاد أولادى أنه ولد، لكن لا يلزم القول منه بصدق الانتساب المفهوم منه عرفا، خلاف ذلك.

و من هنا قال فى محكى السرائر فى الباب إنما أراد الشاعر بقوله

«بنونا بنو أبنائنا»

إلى آخر الانتساب، بمعنى أن أولاد البنت لا ينسبون إلى أمهم، و إنما ينسبون إلى أبيهم، و ليس كلامنا فيه، بل فى الولاده و هى متحققه من جهه الأم من غير خلاف، و الذكر و الأنثى فيه سواء، و نحوه عن اختلاف، و قد أومأنا نحن سابقا إلى نحو ذلك، و قلنا: إن أولاد البنات و إن كانوا أولادا حقيقه إلا أنهم لا يستحقون الخمس الذى عنوانه اسم القبيله الخاص بالذكور و من يتولد منهم، و حينئذ فما عن التحرير- من أن فى دخول أولاد البنات فى الفرض نظرا، و عن إيضاح النافع أن الفرض ضعيف و عن الكفايه أن الأظهر الرجوع إلى العرف بل عن الإيضاح و جامع المقاصد، أن الخلاف مع المرتضى

و ابن إدريس- فى غير محله.

و لو وقف على أولاده و أولاد فلان و أطلق و لم يكن ثم قرينه حال أو مقال انصرف إلى أولاده لصلبه، و لم يدخل معهم أولاد الأولاد وفاقا للمشهور و قيل: لما عن المقنعه و الكافى و النهايه و المهذب و السرائر، و بعض نسخ النافع. و اللمعه و التحرير بل يشترك الجميع لصدق الولد على الجميع حقيقه و لا ريب فى أن الأول أظهر، لأن ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد و إن قلنا أنه حقيقه، لمعلوميه اختلاف أفراد المتواطى، فلا ينافى الاختصاص بغيره كونه حقيقه، ضروره رجوعه إلى انسياق بعض أفراد المطلق عند الإطلاق، و ربما يؤيده قرأه النصب فى قوله تعالى (۱)«وَ وَصَّى بِها إِبْراهِيمُ بَنِيهِ وَ يَعْقُوبُ» و احتمال كونه لتفخيم شأن يعقوب كما فى عطف جبريل على الملائكه فى قوله تعالى (۲)«مَنْ كانَ عَدُوًّا لِلَّهِ» إلى آخره خلاف ظاهر العطف، و بذلك يظهر لك سقوط الأطناب هنا فى الاستدلال على كونه ولدا حقيقه مطلقا، أو فى خصوص ولد الذكر دون الأنثى، لما عرفت من أن وجه المسأله ما ذكرنا، اللهم إلا أن يمنع الانسياق المزبور، فيتجه الاستدلال المذكور حينئذ، و قد ذكرنا مختارنا فيه غير مره أن ولد الولد ولد حقيقه، من ذكر كان أو أنثى، و الله العالم.

و لو قال: على أولادى و أولاد أولادى اختص بالبطنين دون ما نزل، إلا مع القرينه، بناء على ما عرفت من الانسياق المزبور من غير فرق فى ذلك بين الذكور و الإناث.

و لو قال: على أولادى فإذا انقرضوا و انقرض أولادى فعلى الفقراء، فالوقف لأولاده لصلبه خاصه بناء على ما عرفت فإذا انقرضوا قيل:

كما عن الشيخ حاكيا له عن بعض يصرف إلى أولاده، فإذا انقرضوا فإلى الفقراء و إلا لكان ذكرهم لغوا، و فى الدروس أنه قوى، إما لقرينه الحال و إما لشمول لفظ الولد للنافله، كقول المفيد و جماعه، و كأنه مال إليه أيضا فى غايه المراد،

۱- ۱ سوره البقره- الآيه- ۱۳۲.

۲- ۲ سوره البقره الآيه- ۹۷.

قال: عملا بالظاهر و القرينه المقاليه يجعل ذلك المجاز واردا مورد اللفظ، و لا شك أن عطف الانقراض، على الانقراض مشعر بذلك، و إلا لكان الوقف منقطعا، و الوقف شأنه الدوام.

و قيل: لا يصرف إلى أولاد الأولاد لأن الوقف لم يتناولهم، لكن يكون انقراضهم شرطا لصرفه إلى الفقراء بناء على صحه منقطع الوسط و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره أنه لا- دلاله فى اللفظ المزبور على دخولهم فى الوقف، لا مطابقه و لا تضمنا و لا- التزاما إذ لا- تلازم بين اشتراط انقراضهم، و بين كونه وقفا عليهم، و إلا- لاقتضى اشتراكهم مع الأولاد، لا ترتبهم عليهم، و الخصم لا يقول به، و اعتبار الدوام فى الوقف لا يكون قرينه على ما لا يظهر من اللفظ، و يكفى فى فائده ذكرهم إراده الشرطيه فلا دلاله فى عطفه انقراض الأولاد على إراده الدخول، بل لعل فيه دلاله على العدم.

نعم على قول المفيد و من تبعه بشمول إطلاق الأولاد لأولادهم يتجه دخولهم فى الوقف معهم على الشركه- لا على الترتيب- بمجرد اللفظ الأول و يكون ذكرهم ثانيا لفائده بيان وقت استحقاق الفقاء، فيكون فى قوه تقييد إطلاق الأولاد الشامل للبطون المترتبه أبدا بالبطنين الأولين، و يكون ذكرهما قرينه لإراده تخصيصهما بالأولين، و إن كان منهما متناولا لما بعده أبدا لو لا القرينه.

أما على المختار من انسياق خصوص أولاد الصلب من إطلاق الأولاد و بطلان منقطع الوسط فى المراتب المتأخره مع فرض تحقق انقطاعه فالمتجه البطلان، اللهم إلا- أن يدعى أنا نفهم عرفا أن العباره المزبوره للدخول على الترتيب المذكور، و لكن المتجه أيضا على ما ذكرنا اختصاص ذلك بالبطنين، و قد تقدم البحث سابقا فى مصرف الوقف بناء على صحه المنقطع حال الانقطاع بنحو ذلك، فلا حاجه إلى إعادته بعد معلوميه فساده لديك بلا مزيد عليه كما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا وقف مسجدا فخرب أو خرجت القريه أو المحله لم يعد إلى ملك الواقف]

المسأله السابعه: إذا وقف مسجدا مثلا فخرب أو خرجت القريه أو المحله التى هو فيها لم تبطل بذلك مسجديته، للأصل بعد إمكان الانتفاع به، و لو فيما يأتى و حينئذ لم يعد لذلك إلى ملك الواقف، و لا تخرج العرصه عن الوقف

و إن لم يبق من آثاره غيرها، إذا هى العمده فى المسجد بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بيننا.

نعم فى المسالك هـذا كله يتم فى غير المبنى فى الأرض المفتوحه عنوه حيث يجوز وقفه، تبعا لآثار التصـرف، فإنه حينئذ ينبغى بطلاـن الوقـف بزوال الآثـار، لزوال المقتضـى للاختصـاص، و خروجه عن الأصـل، اللهم إلاـ أن تبقى فيه رسوم، و لو فى أصول الحيطان بحيث يعـد ذلك أثرا فى الجمله، كما هو الغالب فى خراب البناء، و حينئـذ فقول المصـنف «لا تخرج» إلى آخره لا يتم إلا فى المملوك بالأصل، إذ لم يعتبر فى الوقف إلا العرصه و هى أرض المسجد، و إن زالت الآثار أجمع.

قلت: قـد أشـرنا فى كتاب البيع إلى خروج ذلك بالسـيره القطعيه على اتخاذ المساجد فيها، و إجراء حكمها علينا من غير مدخليه للآثار فى ذلك، ضـروره اقتضاء المسـجديه الـدوام و التأبيـد، و حينئـذ فلا وجه للحكم بمسـجديتها لا على هذا الوجه، بل التزام عـدم صـيرورتها مسـجدا حينئـذ أولى، و إن كان هو مردودا بالسـيره القطعيه، بل بالمعلوم من الشـرع من جريان أحكام المساجد على مساجد العراق و نحوه، و غيرها من المفتوحه عنوه.

و على كل حال فما عن بعض العامه- من عود المسـجد بما عرفت إلى ملك الواقف قياسا على ما لو أخـذ السـيل مثلا ميتا فيئس منه كان الكفن للورثه لجامع تعـذر المصـرف فى الموضـعين- واضح الضـعف، أن الكفن الذى هو من التركه قد كان ملكا لهم بموت الميت، و إن وجب عليهم صـرف ذلك فى تكفينه فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان، كما يعود إلى الزكاه أو إلى الوقف أو إلى بـاذله إن كان منها، بل لو قلنا أن مقـدار الكفن من التركه على حكم مال الميت، فالحكم كـذلك أيضا لمعلوميه تقييـده بما دام الميت محتاج إليه، و إلا دخل فى الإرث.

[المسأله الثامنه إذا انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها]

المسأله الثامنه: إذا انهدمت الدار و لم يبق من آثارها شـى ء لم تخرج العرصه بذلك عن الوقف و لم يجز بيعها بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالفاضل و الشـهيدين و غيرهم، لأن الخراج لا يصـلح لنقض الوقف و إبطاله، مع بنائه على التأبيد، و على عدم جواز بيعه، و لأن العرصه من جمله الموقوف، و هى باقيه، بل لم يحكوا

الخلاف فی ذلک إلا عن بعض العامه، فجوز بیعها، إذا انهدمت، و لم یکن عمارتها کالمسجد، و فی المسالک تقییده فی غیر الأرض الخراجیه علی نحو ما سمعته فی المسجد».

قلت: لا ریب فی أن الحکم کذلک مع فرض وقوع عقد الوقف علیها من حیث نفسها، و إن قارن بذلک کونها دارا، فینتفع بها حینئذ بزرع و نحوه مما تکون قابله له، إذ لا حصر للانتفاع بها فی الداریه، و إن کانت حال الوقف دارا، إلا أن یصرح بالاشتراط.

نعم قد یشکل تغییرها اختیارا کما نص علیه فی محکی التذکره قال: لا یجوز تغییر الوقف عن هیئته، فلا یجوز جعل الدار الموقوفه بستانا و لا حماما، و لا بالعکس، و لو تعذر الاستمرار صار إلی أقرب الأوصاف، و

عن الکاظم (علیه السلام)(۱)فیما وقفه «لا یحل لمؤمن بالله تعالی و الیوم الآخر أن یبیعها، و لا یبتاعها، و لا ینحلها و لا یغیر شیئا منها»

إلی آخره، اللهم إلا أن یحمل ذلک منه لبیان الاشتراط منه (علیه السلام) کما یحمل کلام التذکره علی وقف الدار الملحوظ فی وقفها داریتها، لکن لا یخفی أنه لا داعی إلی هذا الحمل، لظهور وقف الدار إلی إراده الانتفاع بها دارا و هکذا إلا مع التصریح بعدم قصد ذلک و هو خارج عن محل الفرض.

هذا کله مع عدم ملاحظه الداریه فی وقفه، أما إذا لا حظ الواقف فی وقفه لها حیثیه کونها دارا، فمتی بطل کونها کذلک بحیث خرجت عن قابلیه ذلک، یمکن الحکم، ببطلان الوقف حینئذ بذهاب موضوعه، بل یمکن التزامه فی النخله الموقوفه الملاحظه فی وقفها تسبیل ثمرتها أیضا إذا سقطت کما ستسمعه إن شاء الله تعالی.

و لعل مرجعه إلی نظیر ما سبق من جواز الوقف فی منفعه خاصه، و ربما یشهد لذلک ما سمعته سابقا من ثانی الشهیدین و من تبعه فی أن الوقف علی مصلحه تنقرض غالبا یکون من الوقف المنقطع الآخر، و هو کذلک.

و من ذلک کله یظهر لک أن وقف الدار مثلا یقع علی وجوه:

أحدها: وقفها ما دامت دارا فانهدمت و الظاهر کونها من منقطع الآخر.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۵- مع اختلاف یسیر.

ثانيها: وقفها دارا على معنى أنه ينتفع بها دارا، و الظاهر أنها وقف كذلك ما دامت صالحه لذلك، و إن انهدمت نعم إذا خرجت عن قابليه ذلك على وجه لا يرجى عودها، أمكن القول ببطلان وقفها.

ثالثها: وقف الدار على معنى تسبيل منفعتها كائنه ما كانت و إن قارن كونها دارا حال الوقف، و الظاهر بقاء وقفها، بل يجوز تغييرها اختيارا.

رابعها: وقفها دارا و علم إراده دوام أصل الوقف منه، فاتفق انهدامها، و الظاهر عدم جواز تغييرها اختيارا لكن إذا انهدمت جاز له الانتفاع بها على غير وجه الداريه، إلا مع التصريح.

و قد ذكرنا تفصيل بعض ذلك فى كتاب البيع فى مسأله بيع الوقف إذا أدى بقاؤه إلى خرابه و من ملاحظته يعلم الحال فيما لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه و إن قال المصنف هنا جاز بيعه جاز ما به، إلا أن المسأله شديده الإشكال و الاختلاف، و قد استقصينا الكلام فيها هناك بحمد الله تعالى شأنه و كذا فيما لو لم يقع خلف بينهم و لا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم و إن قيل: أنه يجوز بيعه حينئذ فى ذلك و لكن الوجه المنع كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا و (۱۱) منه يعلم الحكم أيضا فيما لو انقلعت نخله من الوقف (۱۲) و إن قال المصنف هنا قيل: (۱۳) و القائل الشيخ فى محكى مبسوطه و نهايته يجوز بيعها لتعذر الانتفاع إلا بالبيع و قيل: (۱۴) و القائل ابن إدريس لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجاره للتسقيف و شبهه و هو أشبه (۱۵) و فى المختلف أن النزاع بينهما لفظى، لأن الشيخ فرض عدم الانتفاع إلا بالبيع، و ابن إدريس فرضه بالتسقيف و نحوه.

قلت: عباره الخلاف لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه، لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل، و لا يرجى عوده، و عباره المبسوط جاز بيعها لأرباب الوقف لأنه تعذر الانتفاع بها على الوجه الذى شرطه، و هو أخذ ثمرتها، و ظاهر هما بطلان الوقفيه المقتضيه لحبس العين و عدم جواز بيعها، ببطلان المنفعه التى وقفت العين أى حبست العين عن النوافل،

لإراده استیفائها، فلا یجب حینئذ علی الموقوف علیه حبسها لغیرها من المنافع، و إن کانت صالحه للانتفاع بها مع بقاء عینها، و حینئذ یکون الخلاف معنویا لا لفظیا و إن زعمه الفاضل فی المختلف.

بل لعل کلام الشیخ لا یخلو من قوه، و إن خالفه من تأخر عنه، خصوصا مع ملاحظه الواقف ذلک قیدا فی وقفه، کما هو مقتضی تعبیر الشیخ بالشرطیه، و حینئذ یرجع إلی ما ذکرناه فی البیع و فی المقام من أنه متی جعل الجاعل هیئه الموقوف عنوانا فی وقفه، فذهبت الهیئه، بطلت الوقفیه المقتضیه لتحبیس الأصل و جاز البیع للموقوف علیهم، لا للواقف کما أوضحناه فی کتاب البیع.

نعم لو لم یجعل ذلک عنوانا بل کان مراده الانتفاع بالعین مع بقائها کائنه ما کانت المنفعه لم یجز البیع حینئذ، إلا مع سلب المنافع أجمع و انحصار منفعتها بالإتلاف کالخشبه للإحراق و نحوه فتأمل جیدا.

و لا ینافی ذلک- و لا ما تقدم من مسأله المسجد و الدار- ما تقدم سابقا من صرف الوقف- علی مصلحه فبطل رسمها- فی وجوه البر بعد ما عرفت أن مرادهم ذلک فی الوقف المؤبد الذی ذکر له مصرفا خاصا فاتفق تعذره المنزل علی أنه یصرف له ما دام ممکنا لیجامع تأبید وقفه کما أوضحناه فیما تقدم هذا.

و فی القواعد و لو شرط بیعه عند التضرر به کزیاده خراج و شبهه، و شراء غیره بثمنه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلعه أو قله نفعه ففی صحه هذا الشرط إشکال، بل عن الإرشاد الوجه الجواز، و نفی عنه البأس فی محکی الروض قیل: و کأنه مال إلیه، أو قال به الشارحان له ولده و الشهید، بل و ثانی المحققین و فی الحواشی أنه الأقوی.

و لعله لعموم

«الوقف(۱)»

و «المؤمنون (۲)»

و ما عساه یظهر من إذن أمیر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۳.

المؤمنین (علیه السلام)(۱)للحسن (علیه السلام) فی صدقته بذلک، و ربما یرجع ذلک کله أو بعضه إلی نحو ما قررناه فی شرط عوده إلیه عند الحاجه، کما أنه لا ینبغی الإشکال فی جواز اشتراط بعض ذلک بناء علی جواز بیعه منه من دون شرط، فضلا عنه معه.

نعم بناء علی منافاه هذا الشرط لعقد الوقف فی الجمیع کما عن الإیضاح، أو فی البعض وجه المنع واضح.

لکن قد عرفت فیما تقدم سابقا من المباحث إمکان کونه علی وجه لا ینافی مقتضاه، إذ المسلم منه عدم جواز بیعه و هو وقف، لا جواز بیعه بعد خروجه عنه، و یمکن عود الشرط فی جمیعها أو فی بعضها إلی ذلک، کما أومأنا إلیه فی اشتراط العود عند الحاجه، فلا حظ و تأمل کی تعرف بقرینه ما سمعته فی الدیه، و قیمه العین الموقوفه من اختصاص البطن الأول بها کالقیمه عند سلب المنافع منها، أن معنی الوقف تملیک العین محبوسه علی المالک عن النواقل ما دامت قابله، و متی خرجت عن الانتفاع تکون ملکا مطلقا من دون حبس، و کذا لو شرط الواقف ذلک معلقا له علی حال من الأحوال السابقه أو یشرط شراء غیرها بثمنها علی أن یکون وقفا، و لا یقدح ملک البطن فی صحه الوقف علیهم، إذا المسلم منه غیر هذه النوع من الملک، و لعل هذا غیر الانقطاع من الملک الذی ذکرناه عوده إلی الواقف، ضروره کون الفرض تقییدا فی الحبس، لا فی الملک، و لکن الانصاف عدم خلو ذلک عن التأمل، و إن کان یشهد له بعض کلماتهم، فلا حظ و تأمل.

و کذا فی القواعد و لو خلق حصیر المسجد و خرجت عن الانتفاع به فیه أو انکسر جذع بحیث لا ینتفع به فی غیر الإحراق، فالأقرب بیعه، و صرف ثمنه فی مصالح المسجد کما عن التذکره و الإیضاح و جامع المقاصد و الدروس التصریح به.

نعم زاد فی الأخیر اشتراط ان لا ینتفع به فی غیره أیضا کما أنه فی الثلاثه التصریح بصرف ثمنه فی بدله من حصیر و جذع، فان تعذر صرف فی مصالح المسجد اعتبارا لما یقرب من مراد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۴.

الواقف، و فی محکی التذکره أیضا أنه لا خلاف بین العامه فی جواز بیع ما اشتری من الوقف أو قبل المتولی هبته عند الحاجه، و فی جامع المقاصد أنه لا یخلو من قوه، فإذا بیع صرف فی مصالح المسجد من غیر تعیین شراء مثله، و لا یخفی علیک التحقیق فی ذلک کله و فی شراء عین بثمن الموقوف عوضه مساویه أو غیر مساویه أو یکون طلقا لهم، بعد الإحاطه بما أسلفناه فی کتاب البیع، و بما ذکرناه فی کتاب الوقف فی مسأله ما لو أتلف العین الموقوفه متلف و غیرها من المسائل، فلا حظ و تأمل. لکن لا ینبغی ترک ما أمکن من الاحتیاط فی کثیر من هذه المسائل لأنها غیر منقحه.

نعم لا ینبغی التأمل فی صرف حاصل الوقف فی وجوه البر مع الجهل بأربابه، و إن توقف فیها أو فی نحوها الخراسانی فی کفایته لکنه فی غیر محله، ضروره أنه من مجهول المالک، مضافا إلی

خبر أبی علی (۱)بن الراشد «اشتریت أرضا إلی جنب ضیعتی بألفی درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا یجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغله فی ملکک ادفعها إلی من أوقفت علیه، قلت: لا أعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها»

و هو صریح فیما ذکرنا، بل منه یعلم الحال فی نسیان المصرف و نحوه، فإن الجمیع من واد واحد.

نعم لو علم الموقوف علیه، و لم یعلم سهامهم و لا ترتیبهم و لا عدمه و لو لتلف ما رسمه الواقف، فالظاهر تساویهم فی القسمه الذی هو الأصل فی نظائره، و خلافا لبعض الشافعیه فیوقف إلی أن یصطلحوا، و کذا لو اختلفوا فی شرط الواقف و لا بینه، یقسم بینهم بالسویه.

نعم لو علم تفضیل بعضهم علی بعض و لم یعرف المفضل احتمل الوقف حتی یصطلحوا و الأقوی القرعه، و عن التذکره أنه لا بعد فی الرجوع إلی قول الواقف لو کان حیا، لأنه هو المتصدق، و فیه أنه لا رجوع إلیه بناء علی رجوعه عن الوقف، إذ هو حینئذ کالأجنبی، و کالبائع الذی لا یرجع إلیه عند اختلاف المشتریین منه.

[المسأله التاسعه إذا آجر البطن الأول الوقف مده ثم انقرضوا فی أثنائها فهل یبطل الإجاره فیه تردد]

المسأله التاسعه: إذا آجر البطن الأول الوقف مده معینه مثلا ثم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱.

انقرضوا أجمع فی أثنائها فإن قلنا أن الموقت يبطل الإجاره فی الملک المطلق فلا كلام ضروره أولويه المقام منه و إن لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردد من إطلاق ما دل على صحه الإجاره و لزومها عموما و خصوصا، و من انكشاف دخول غير ما لهم من المده فی مدتهم أظهره البطلان كما فی الخلاف و المبسوط و التذكره و التحرير و الإرشاد و الدروس و الإيضاح و اللمعه و جامع المقاصد و الروض و الروضه و المسالک، بل لا أجد فيه خلافا.

لأنا بينا أن هذه المده ليست للموجودين ضروره اقتضاء الوقف تسبيل المنفعه للموقوف عليه مده العنوان الذی يجعله الواقف لا أزيد، و البطن الثانی يتلقى عن الواقف كالأول، و لذا لا تمضی إجارته مده يعلم بالعاده زيادتها على حياته مثلا بل قد يتوقف فی صحه غير ذلک لو صرح الواقف بإراده تمليک البطن الأولى على حسب الملک المطلق، بناء على عدم مشروعيه عقد الواقف لمثل هذا التمليک، و إن كان لا يخلو من نظر.

لكن لا- إشكال فی حمل قصد الواقف مع الإطلاق على ما ذكرنا، و حينئذ فإجارته فی الفرض وقعت على ما له و ما ليس له، بخلاف المالک الذی هو مسلط على أمواله، و الوارث إنما يرث ما يجده على ملكه، فمع فرض زياده مده الإجاره على موته لم يكن للوارث شی ء إذ المنفعه صارت ملكا للغير بعقد الإجاره، و ليست من تركه الميت.

و حينئذ فيكون فی الفرض للبطن الثانی الخيار بين الإجازه فی الباقی و بين الفسخ فيه لأنه من الفضولی، و هو المراد من البطلان المزبور.

و إن كان قد يشكل أولا: بعدم المجيز له فی المال بناء على اشتراط ذلک فی الفضولی و فرض عدمه، اللهم إلا أن يجعل الناظر الولی على ذلک، إلا أنه كما ترى.

و ثانيا: بعدم الملک و المالک حال العقد و مجرد تأهل العقد لملكهم لو وجد و إلا يجعله من الفضولی، اللهم إلا أن يدعى تناول أدلته لمثله، و تكون الإجازه حينئذ كاشفه حال انقراض البطن الأول، لا حال وقوع العقد، و فيه بحث، و لعله لذا حكى عن جماعه البطلان، الذی لا يترتب عليه أثر بالنسبه إليهم، لا بالمعنى الذی سمعته من المصنف.

و على كل حال فمع الفسخ و تسليمهم الأجره يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف بلا خلاف و لا اشكال فينسب أجره مثله إلى آجره مثل مجموع المده و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبه، فلو كان قد آجره سنه بمائه و مات بعد انقضاء نصفها، و فرضنا أن أجره مثل النصف المتخلف تساوى ستين و أجره مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين رجع المستأجر بثلثى المائه كما هو واضح.

فمن الغريب وسوسه بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك، حتى تجرأ بعض من تأخر عنه إلى الجزم بجواز اجاره البطن الأول مده تستغرق عمر الموقوف عليه، معللا له بأن المنفعه ملكهم ملكا مطلقا، و الناس مسلطون على أموالهم، و هو كما ترى.

نعم لو كان المؤجر، الناظر على الوقف لمصلحه الوقف اتجه ذلك، لأن له الولايه المقتضيه لنفوذ تصرفه فى ذلك مع وجودهم، فضلا عما قبله، و الأجره يملكها الموجودون، و إن كانت هى عوضا عن منافع المده المتأخره عن حياتهم، إلا أنها بعد فرض المشروعيه لهذه الإجاره بالإجماع، و ظاهر بعض النصوص الداله على جواز اشتراط الناظر صيرورته وليا للمال نفسه، و أن له هذه الولايه تكون حينئذ بمنزله وجود المنافع المتأخره فى حياتهم إلا أنها محبوسه أيضا لا يجوز لهم صرفها فى غير التعمير و نحوه، مما يرجع مصلحته للبطون أيضا، و لو سلم عدم الجزم بذلك، كان الحكم بالصحه كافيا فى حصول المطلوب و إن لم يجزم بتعيين مالك ما زاد من المنافع على الموجودين، و الله العالم.

و لو آجر المتولى بأجره المثل فى الحال، فاتفق زياده لم تنفسخ الإجاره لأصاله لزومها بعد وقوعها على الوجه المعتبر شرعا، فلا خيار له، نعم لو آجره زياده عن المده التى اشترطها الواقف بطلت الإجاره فى الزائد خاصه، لأنه من تبعض الصفقه، بل قد يحتمل البطلان بالجميع، لأنه عقد مخالف لشرط الواقف، إلا أن الأول هو الأقوى.

[المسأله العاشره لو وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد]

المسأله العاشره: لو وقف على الفقراء مثلا انصرف إلى إراده صرف نمائه فى ذى الوصف منهم، لا استيفاؤهم، ضروره كون المراد من مثل هذه الوقف باعتبار عدم انحصارهم الجهه المخصوصه، و حينئذ فله صرفه فى فقراء البلد، و من يحضره من

غيرهم، و لا يجب تتبع الجميع بلا خلاف أجده فيه.

و كذا لو وقف على العلويين، و كذا لو وقف على بنى أب منتشرين، صرف إلى الموجودين، و لا يجب تتبع من لم يحضر فإن الجميع من واد واحد فى عدم إراده- الاستيعاب و

فى خبر على بن محمد بن سليمان النوفلى (۱)عن أبى جعفر الثانى (عليه السلام) «قال:

كتبت إليه أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان و هم كثير متفرقون فى البلاد، فأجاب (عليه السلام) ذكرت الأرض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، و ليس لك أن تتبع من كان غائبا».

لكن كلمات الأصحاب هنا لا- تخلو من تشويش، إذ ظاهر المتن و غيره ممن عبر كعبارته وجوب استيعاب فقراء البلد و من يحضره من غيرها، بل لعله ظاهر الخبر المزبور بل هو صريح المحكى عن شرح الإرشاد للفخر، قال: «إذا وقف على الفقراء صح إجماعا و لم يكن لبيان المصرف إجماعا، بل كان تشريكا، و صرفه للكل معتذر لانتشارهم، و للزوم خروج نصيب كل واحد منهم عن الانتفاع و التملك، و صرفه للبعض ترجيح من غير مرجح، فلا بد من أن يقال: إنه يصرف إلى كل فقراء البلد، و من حضر فى البلد من غيرهم، و يجب الاستيعاب مهما أمكن، فهذا الوقف يشابه بيان المصرف من جهه الاقتصار على البعض، و التشريك من جهه أنه لا يجوز الاقتصار مع المسكنه».

و فى الدروس «يفرق فى فقراء بلد الوقف و من حضره، و لا يجب تتبع الغائب، و لو تتبعه جاز، و لا ضمان فى الأقرب بخلاف الزكاه، و الفرق أن الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف، و لا يجزى أقل من ثلاثه، مراعاه لأقل الجمع، و لا يجب التسويه، بخلاف المنحصرين» الى غير ذلك من عباراتهم الظاهره و الصريحه، إلا أن ما فى أيدينا من العرف فى أمثال ذلك على خلافه، و أنه لا فرق بينه و بين الزكاه و الخمس.

و حينئذ فلا فرق بين الواحد و الأزيد من أهل البلد و غيرهم، و الحاضرين و غيرهم و لا مدخليه لأقل الجمع، و كونه ثلاثه و اثنين، بل يمكن إراده ذلك من الخبر(۲)المناسق لبيان عدم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۱.

وجوب التتبع، و إن كـان مشـتملا على النهى، إلا أنه فى مقام توهم الوجوب، و إلا لاقتضـى عـدم جواز الـدفع إلى غيرهم، و هو باطل إجماعا، كما اعترف به بعضـهم بل الظاهران المراد من قوله فيه «لمن حضـر» بيان كونهم مصرفا لذلک، و إن كان لا يجب استيعابهم، لموضع المشـقه و غيره أيضا، و حينئذ فالمتجه الضـمان مع التأخير، بعد أن كان مقتضاه المصـرفيه و وجود المسـتحق، ضروره كونه كالزكاه بالنسبه إلى ذلک.

و لا يجوز للموقوف عليه وطئ الأمه الموقوفه و إن انحصر فى واحد، و قلنا:

بانتقـال الملـک إليه، بلاـ خلاـف أجـده فيه بين من تعرض له، بـل قيل: قـد يظهر من المبسوط و التـذكره، أنه لا خلاف فيه بين الخاصه و العامه إلا أن ما ذكروه من الدليل له لا يخلو من إشكال ل أن المصنف و جماعه عللوه ب أنه لا يختص بملكها و غيره بـأنه و إن كـان مالكـا إلاـ أن للبطـون اللاـحقه حقـا، و وطؤه و إن كـان له انتفاعـا فى زمن ملكه، إلاـ أنه يغـاير غيره من وجـوه الانتفاعات من حيث أنه معرض للحمل الموجوب لصيرورتها أم ولد المانعه من دوام وقفها على البطون، لانعتاقها بموته.

و هما معا كما ترى، إذ هما- مع أنهما غير تامين فى المنقطع المختص به، و فى اليائسه و نحوها المعلوم عدم ولادتها- قد يناقش فى الأـول منهمـا بمنع عـدم الاختصـاص الآـن و إن تأهـل العقـد لملـک البطن الثـانى، إلاـ أنه ليس ملكا فعلا، حتى يترتب عليه الاشتراک و نحوه، خصوصا مع فرض كونه معدوما.

و منه يعلم وجه المناقشه فى الثانى الذى لا يتم على القول بعدم صيرورتها أم ولد بذلک أيضا، على أن مجرد تعريضها لذلک لا يمنع الموقوف عليه من الانتفاع الحاصل له بسبب عقد الوقف فالعمده حينئذ الإجماع ان تم.

و على كـل حـال ف لو أولـدها كـان الولـد حرا لأن وطأه غير معـدود من زنا لأنه مالک فى الجمله و لا يجب قيمت ه عليه لمن بعده من البطون. لأنه المسـتحق له الآن إذ الولد بمنزله كسبها و ثمره البستان، و حينئذ ف لا يجب له على نفسه غرم (۱۱) و كذا لا مهر عليه للبطون الآتيه.

نعم لو قلنا أن ولـد الموقوفه وقف أيضا ففى المسالک «يجب أن يشترى بقيمته عنـد سـقوطه- حيا ما يكون وقفا» و فيه نظر، و لا يجب عليه الحـد لما عرفت من عـدم كونه زانيا و إن أثم كالوطئ فى الحيض، و لكن عليه التعزير مع العلم، بل عن التـذكره نفى الحـد عليه أيضا على القول بانتقال الملک إلى غيره، لأنها مسأله اجتهاديه، لا يرفع ترجيـح أحد جانبيها أصل الشـبهه عن الجانب المخالف، و هو كاف فى درء الحد، و نفى عنه البأس فى المسالک، و إن كان فيه ما لا يخفى.

هـذا كله إذا لم يكن له شـريک، بأن انحصـر أهل طبقته فيه، و إلا وجب عليه قيمه حصه الشـريک، بل فى المسالک «و فى حده بنسـبه حصـته وجه قوى، لأـن ملكهـا مشترک بينهما على حـد سواء، و وطء الأمه المشتركه يوجب ذلک، و لكن لم يتعرضوا له هنا».

قلت: قـد يناقش فيه بعـدم صـدق الزانى عليه أيضا، و لا أقل من الشـبهه التى تدرأ الحد أيضا، و قد مر تمام الكلام فى ذلک فى البيع فيما لو وطئ أحد الشريكين الجاريه المشتركه.

و كيف كان ف هل تصير الأمه فى الفرض أم ولد؟ قيل:

نعم كما عن المبسوط و التذكره و شـرح الإرشاد للفخر و الإيضاح و حواشـى الشـهيد، بل عن غايه المراد نسـبته إلى الأصـحاب لتحقق علوقها منه فى ملكه، و هو السبب فى صيرورتها أم ولد بالنص و الإجماع على ما فى المسالک.

و حينئـذ تنعقـد بموته كغيرهـا من أمهـات الأولاد، و تؤخـذ القيمه من تركته لمن يليه من البطون، و فيه تردد بل منع، وفاقا لثانى المحققين و الشـهيدين لمنع سـببيه مطلق ذلـک على وجه يشـمل الفرض الـذى قـد عرفت ظهور الأدله فى عـدم تغيره بالأسـباب الاختيـاريه و القهريه، مضافـا إلى خصوص استصـحاب بقاء حكمه و لزومه و دوامه، المقـدم على عموم الاستيلاد، أو السالم عن معارضـته، بعـد معاضـدته بعمومات الوقف، و خصوصا بناء على عـدم اقتضاء الملک الوقفى الانعتاق، و لذا صح وقف من ينعتق على الموقوف عليه عند بعض.

ثم على تقـدير صيرورتها أم ولـد، فلا خلاف أجده فيه فى ترتب الحكمين المزبورين حينئذ بل عن التذكره و الإيضاح الاتفاق على ذلـك، بـل عن المبسوط أن النـاس متسـالمون على أخـذ قيمتهـا من تركته، و إنمـا اختلفوا فيمـا ذا يعمـل بها، فمن قال: إن الموقوف عليه إذا أتلف اشترى بقيمته آخر قـال هنـا: يشترى بها أخرى تقوم مقامها، و من قال: تنتقل إليه قال: أعطى من يليه من البطون تلك القيمه، كما إذا وجبت القيمه و هو حى، و حاصل مراده أن الإتلاف منه على بعده إنما هو بعد موته الذى هو سـبب فى انعتاقهـا المترتب عليه رتبه كغيره من المسببات، و هو فى ذلـك الحـال غير مالـك، و إنمـا هو زمان ملك البطن المتأخر فلا تكون القيمه له.

نعم يجرى فيها الاحتمالان اللـذان سـمعتهما فى قيمه العين الموقوفه و الموقوف عليه موجود، و لعل هـذا هو الوجه فى استشـكال الفاضل فى القواعد قال: «و معه تنعتق بموته، و تؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشـكال» بل و تردد المصنف بناء على رجوعه إلى ذلـك، لاـ إلى صـيرورتها أم ولـد، و اعترضـهم الشـهيد فى شـرح الإرشاد «بأنها إذا صارت أم ولـد حكم بنفوذ الاستيلاـد فى الحال، كما فى صوره ما إذا وطأ أحـد الشـريكين و علقت، إلى أن قال: و لعلهم أرادوا ذلك، إلا أنه لما كان أحد الاحتمالين صـرفها إلى من يليه من البطون، و هو الآن غير مالك، تأخر الدفع إلى ما بعد الموت، و لا يلزم منه تأخر الحكم بنفوذ الاستيلاد.

و فيـه أولاـ: أن الفرق بين المقـام و بين وطئ الشـريكين واضـح ضـروره حيلـولته بين المالـك و بين التصـرف فى ملكه، بمجرد الاستيلاـد، بـل بالإحبـال، فتتوجه له القيمه عليه، كما تطابقت عليه النصوص و الفتاوى هناك، بخلاف المقام الـذى لا حيلوله فيه بين العين الموقوفه و بين البطن اللاـحق، لعـدم اسـتحقاقه، و لأـن الوقف كان هو السـبب فى المنع من التصـرفات الناقله، فلا وجه لترتب الضمان عليه هنا بمجرد الاستيلاد.

و ثانيا: أنه مناف لتصـريح بعضـهم بانعتاقها من نصـيب ولدها، إذ على تقدير أنها من وطئ أحد الشريكين ينبغى أخذ القيمه منه، لأنه من نصيب ولدها، و مناف أيضا لصريح المحكى عن المبسوط و التذكره و بل كلامه نفسه فى الحواشى بل و لظاهر المتن و غيره بل للإجماع المحكى على أخذ قيمتها من تركته على كل حال، بل و لما سمعته

من عباره الفاضل، لأنه على هذا التقدير لا تختص القيمه بمن يليه من البطون قطعا، فلا يتجه الإشكال المذكور، لأن احتمال اختصاص البطن الذى يليه بها إنما يتجه إذا كان الإتلاف واقعا حين اختصاصهم بالوقف، و لا يتحقق إلا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاد بعد الموت.

أما إذا حكمنا بنفوذه قبله فإن الاختصاص بالوقف ثابت للواطى حينئذ فإيجاب القيمه عليه حينئذ على هذا التقدير إنما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعا فكيف يحتمل اختصاص البطن الذى يليه بالقيمه ليكون فيه اشكال، و احتمال أن المراد بقولهم إن القيمه لمن يليه شراء جاريه تكون وقفا لهم لاختصاصهم بذلك طلقا، يأباه صريح المحكى عن المبسوط و التذكره و ظاهر غيرهما.

هذا مع أن الاستيلاد إنما يترتب عليه العتق الموجب للإتلاف بعد الموت، ضروره أن الولد إذا مات قبل أبيه لم يتحقق سبب العتق، المقتضى لبطلان الوقف بعد تمامه و لزومه، و دعوى أن ذلک کاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه، ليس بأولى من دعوى عدم تماميه السبب قبله، و ليس فى النصوص (۱)إلا الانعتاق من نصيب الولد، و مسئله وطئ أحد الشريكين قد عرفت أنها مورد نص (۲)و فتوى، و وجه الفرق بينها و بين ما نحن فيه واضح، و قد أفرغنا الكلام فيها فى محله فلا حظ و تأمل، على أنه لو سلم اقتضاء الاستيلاد ذلک کان المتجه شراء عين بدلها حينها، لا تأخيرها إلى البطن اللاحق ملاحظه إلى إراده استمرار الوقف و استدامته المقصود للواقف، بل هو مع كونه صدقه جاريه كما هو واضح.

و أضعف مما ذكره ما حكاه ما هو عن شيخه السيد عميد الدين فى شرح مشكلات القواعد و فى حلقه درسه من أن هذين الإشكالين إنما يتأتيان على تقدير دخول ولدها فى الوقف لينتقل إليه بموت أبيه شى ء منها أو المجموع، أما على تقدير عدم دخوله فى الوقف

فيموت الواطئ انتقلت إلى بطون أخر غيره فلم يجر للولد عليها ملک، فلا يفرض فيها عتق.

و فيه أولاد: أنه مناف لإطلاق صيرورتها أم ولد.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الاستيلاد.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام الشركه.

و ثانیا: أنه مناف لما ذکره الفاضل فی القواعد من جواز وقف من ینعتق علی الموقوف علیه، و أنه یبقی وقفا و حینئذ ملک ولدها لها علی جهه الوقف لا یقتضی انعتاقها علیه إنما المقتضی له ملکها بطریق الإرث.

و من ذلک یظهر لک زیاده ضعف القول بصیرورتها أم ولد، ضروره توقف ذلک علی القول بخروجها عن الملک الوقفی إلی غیره من الملک بالاستیلاد من حینه أو قبل الموت بآن ما، لیتوجه وارثیه ولدها حینئذ نصیبها منها ینعتق علیه، و یسری فی غیره فیؤخذ القیمه منه، و هو کما تری، ضروره أن الاستیلاد لا یغیر کیفیه الملک، و إنما هو یبطل سلطنه بعض التصرفات فیه.

و کذا یظهر لک منه أیضا ما فی جمله من الکتب فی هذه المسأله التی قال فخر المحققین: «تسمی بمتشعبه المبادی».

ثم لا یخفی علیک أن جمیع ما ذکرناه علی فرض اختصاص البطن الأول بالواطی أما مع فرض شریک له فهل یحکم بالقیمه من حین الاستیلاد، أم بعد الموت؟ الظاهر الثانی کما فی جامع المقاصد لمثل ما قلناه، و إن خالف فی ذلک الشهید فی نکت الإرشاد، إذ هی الآن باقیه علی حکم الوقف، فلا ضرر علی الشریک إلا بالموت المقتضی لانعتاقها، کما عرفت.

کما لا یخفی علیک أیضا أن المتجه علی ما سمعته من الشهید أخذ قیمه عوض الأمه من أصل الترکه یشتری بها ما یکون وقفا للموقوف علیهم، ثم یغرم الولد ما زاد علی نصیبه من أصل الترکه، للورثه بسبب الانعتاق الحاصل من سرایه انعتاق نصیبه علیه بل لعل ذلک کذلک بناء علی ظاهر کلمات الأصحاب أیضا بل ربما کان هو المنساق من نحو عباره المتن، اللهم إلا أن یقال انها تنتقل من الواقف إلی خصوص ولده دون باقی الورثه فیختص حینئذ بغرم قیمتها للموقوف علیهم من نصیبه، لکنه کما تری، و لو کانت الأمه موقوفه علی الواطی وقف انقطاع، و قلنا بانتقال الملک إلیه فأولدها ففی غرامته القیمه فعلا، أو إلی أن یموت، البحث السابق، و کذا لو أولدها الواقف و قلنا هو المالک، لا الموقوف علیه.

و کیف کان فلا خلاف بیننا کما اعترف به بعضهم صریحا و ظاهرا فی أنه یجوز

تزويج الأمه الموقوفه و ما عن جامع الشرائع من نسبه عدم الجواز إلى القيل لا يقتضى كون القائل منا، كما أن التعبير فى محكى المبسوط و التحرير عن الحكم بالأقوى و الأقرب لا يقتضى ذلک أيضا بل لا ينبغى الإشكال فيه أيضا ضروره أنه عقد على بعض منافعها كالإجاره، و اقتضاء ذلک التعريض لها للحبل المعطل لها و الذى يتحقق معه التلف بالطلق لا يمنع جواز الانتفاع بها المملوک لهم بعقد الوقف و من ذلک يعلم قوه جواز وطئ الواقف لها إن لم يكن إجماعا.

و على كل حال فالمتولى لتزويجها هو الموقوف عليه، بناء على الانتقال إليه، و الوقف بناء على البقاء على ملكه، و الحاكم بناء على الانتقال إلى الله تعالى شأنه، كما لو كانت أيضا موقوفه على جهه العموم، و ما عن الشيخ من تزويجها لنفسها على الأخير فى غير محله، و كذا احتمال أنه الموقوف عليه مطلقا، لأنه من المنافع التى هى له، و إن كان المالک للعين غيره.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أن مهرها للموجودين من أرباب الوقف، لأنه فائده كأجره الدار فلا مدخليه لمالک العين حينئذ، إذ لا يخفى عليک الفرق بين النكاح و غيره، فى توقف الأول على الاذن من السيد و هو المالک للعين، و لا يكفى فيه ملک المنفعه، بخلاف غيره، و لعل هذا هو السبب فى اتفاقهم ظاهرا على كون المتولى للنكاح على التفصيل الذى ذكرناه، و إن كان هو أيضا إن لم يكن إجماعا محلا للنظر، بعد اقتضاء عقد الوقف تمليک سائر المنافع للموقوف عليه التى منها النكاح كما هو المفروض.

و كذا ولدها من نمائها، إذا كان من مملوک أو من زنا إذ هو كثمره البستان و حينئذ يختص به البطن الذى تولد معهم و إن كانوا غير من حصل العقد فى زمانهم، بل الظاهر اختصاص من كان علوقه فى زمانهم و إن لم يولد، خلافا للمحكى عن الإسكافى و الشيخ من تبعيه الولد للأم فى الوقف كالمدبره و المرهونه إذ هو بعد تسليم الحكم فى المقيس عليه لا يصح عندنا، بناء على حرمه القياس كما هو واضح.

فإن كان من حر بوطئ صحيح كان حرا بلا خلاف و لا اشكال تغليبا لجانب الحريه بالتبعيه لأشرف الأبوين الا أن يشترطوا عليه رقيته فى العقد فإنه يكون رقا حينئذ، خلافا لبعض كما تسمعه فى كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

و لو وطأها الحر بشبهه، كان الولد حرا لأنها كان كالصحيح بالنسبه إلى ذلك، و لكن عليه قيمته طلقا للموقوف عليهم بناء على ما عرفت كما لو وطأ غير الموقوفه شبهه، لأنه السبب فى إتلاف النماء على أهله كما هو واضح، و محرر فى محله.

و لو وطأها الواقف كان كالأجنبى بناء على خروجها عنه عينا و منفعه بالوقف هذا كله فى الوقف.

[أما الصدقه]

اشاره

و أما الصدقه غير الوقف التى قد تواتر ندبها و الحث على فعلها حتى صار ذلك من ضرورى المذهب، بل الدين، خصوصا فى شهر رمضان و خصوصا على الجيران و خصوصا على الأرحام، فإن

«الصدقه بعشر(۱)، و صله الإخوان بعشرين و صله الأرحام بأربع و عشرين»

و هى دواء المريض (۲)،

و «دافعه البلاء و قد أبرم إبراما»(۳)،

و «بها يستنزل الرزق»(۴)

و «تقع فى يد الرب قبل يد العبد»(۵)،

و «تقضى الدين و تخلف البركه و تزيد فى المال،»

و يستحب التكبير بها لدفع شر ذلك اليوم (۶)، و فى أول الليل كذلك](۷)

و «أنها تدفع ميته السوء و الداء، و الدبيله، و الحرق، و الغرق، و الهدم، و الجنون إلى أن عد سبعين بابا من السوء»(۸)

إلى غير ذلك مما ورد فيها، هذا.

و لكن

قال الصادق (عليه السلام): فى خبر زراره(۹)«إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه و آله) ينحلون و يهبون، و لا

ينبغی لمن أعطی لله شيئا أن يرجع فيه، قال: و ما لم يعط لله

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب الصدقه.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١- إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ١- إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ١ إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ١ إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

٧- ٧ الوسائل- الباب- ١ إلی ٢٠- من أبواب الصدقه.

٨- ٨ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب الصدقه الحديث- ١.

٩- ٩ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ١.

تعالی أو فی الله تعالی، فإنه یرجع فیه نحله کانت أو هبه حیزت أو لم تحز، و لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته».

و لعل المراد علی ما قیل: أن الناس کانوا علی عهد رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) لا یتصدق بعضهم علی بعض، إذا أرادوا معروفا فیما بینهم، سوی الزکاه و ما یعطی لأهل المسکنه، بل کانوا یهبون و ینحلون، إما لإراده تحصیل ملکه الجود، أو لإراده سرور الموهوب له، و الإثابه منه، و غیر ذلک، و إنما صدقه بعضهم علی بعض فی غیر الزکاه و الترحم للمساکین أمر محدث، أعنی القصد بالهبه و النحله لله تعالی شأنه المسمی ذلک بالصدقه محدث، کما یشهد لذلک فی الجمله ما

فی خبر ولده (۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یتصدق بالصدقه إله أن یرجع فی صدقته؟ فقال: إن الصدقه محدثه، إنما کان النحل و الهبه و لمن وهب أو نحل أن یرجع فی هبته حیز أو لم یحز و لا ینبغی لمن اعطی شیئا لله عز و جل أن یرجع فیه».

و ربما احتمل کون المراد حدوث الصدقه بمعنی الوقف، إلا أنه کما تری، و من هنا قال فی محکی المبسوط: إذا قصد الثواب و التقرب بالهبه إلی الله تعالی سمیت صدقه، و فرق بذلک بینها و بین الهبه و الهدیه.

و فی الحدائق الظاهر أن إطلاق الصدقه علی هذا المعنی المشهور المشروط بالشروط

المعلومه أمر محدث، لم یکن فی زمنه (صلی الله علیه و آله)، و انما کان الذی فی زمنه النحل و الهبات، و الصدقه یومئذ إنما تستعمل بمعنی الوقف، کما فی صدقات علی و فاطمه (علیهم السلام) و الکاظم (علیه السلام)(۲)، ثم استدل علی ذلک بخبر عبید المزبور، مدعیا ظهوره فی السؤال عن الصدقه المعهوده، فأجاب بأنها بهذا المعنی محدث، و إنما المستعمل یومئذ النحل و الهبه، ثم أجاب بان من أعطی لله أی قرن عطیته بالقربه صدقه أو هبه أو نحله لا ینبغی الرجوع فیه، و أما قوله و لمن وهب فالمراد به عدم القربه، و فیه أن ما ورد من الکتاب و السنه بهذا اللفظ مرادا به هذا المعنی لا یکاد یحصی، فلیس المراد إلا حصول الحدوث بالمعنی الذی ذکرناه، و لعله هو الذی ینطبق علیه ما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الهبات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الوقوف.

عن التـذكره و المسالك من أن الهبه أعم من الصدقه، لاشتراطها بالقربه دونها، و أن الهديه أخص من الهبه أيضا لأنها تفتقر إلى حمـل الهـدى من مكـان إلى مكـان، فلاـ يقال: أهـدى إليه دار أو عقارا، بل يقال: و هبه ذلك، فلو نـذر الهبه برى ء بالصـدقه و الهـديه، و لو حلف أن لاـ يهب حنث إذا تصـدق أو أهـدى، دون العكس، و هل يعتبر فى حـد الهـديه أن يكون بين المهـدى و المهدى إليه واسطه أو رسول وجهان:

أظهرها العدم و هو جيد، إلا أنك ستعرف أنه أعم منه من وجه.

و على كـل حـال ف هى عقـد يفتقر إلى إيجـاب و قبول بلاـ خلاف محقق أجـده فيه، بل عن ظاهر المبسوط و فقه الراونـدى و الغنيه و الكفايه و المفاتيح الإجماع عليه، بل صريح بعض و ظاهر آخر اعتبار ما يعتبر فى العقد اللازم فيها.

لكن فى الرياض يعتبر فيها ما يدل على الإيجاب و القبول و لو فعلا، وفاقا لبعض أصحابنا خلاف لجماعه فاشترطوا فيها ما يشترط فى العقود اللازمه، و إطلاق النصوص بلزوم الصـدقه بعـد القبض و قصد القربه يدفعه، و هى و إن اشـتملت ما ليس فيه إيجاب و قبول بالمره، إلا أن اعتبارهما و لو فعلا لازم البته، فإن مع عـدمها لا يعلم كونها صـدقه مضافا إلى عـدم انصـراف الإطلاق بحكم التبادر إلى خلافهما، هـذا مضافا إلى الاتفاق فى الظاهر على اعتبارهما الجمله، و سـيأتى عن المبسوط أن عليه إجماع الإماميه، و فيه أن ما ذكرها أيضا مناف للمتفق عليه فى الظاهر من كونها عقـدا بالمعنى المتعارف الـذى قد عبروا به فى غيرها من العقود، و من المعلوم عدم تحققه اصطلاحا بالإيجاب الفعلى كما أن من المعلوم تحقق الصدقه بالأفعال، و لو من الطرفين، فلا محيص عن التزام أن لها عقـدا أو معاطاه على نحو ما سـمعته فى البيع، بل كان ينبغى التزام الجواز فى الثانى و إن انـدرج تحت اسم الصـدقه على نحو اندراجها فى اسم البيع، إلا أن ظاهر قوله فى

نصوص المقام «أن ما كان لله تعالى لا رجوع فيه»

يقتضـى لزومها، ضـروره اسـتبعاد حمله على خصوص العقد منها، كاستبعاد القول بجوازها و إن قصد الله تعالى شأنه فيها، باعتبار عـدم العقـد فيهـا، فيتعين القول بلزومهـا و إن كـانت معاطـاه، إذ هو جهه غير جهه العقـديه و المعاطـاتيه، و المتفق عليه فى بـاب المعاطاه من الفرق بين العقد اللازم و معاطاته بالجواز

و عـدمه، انمـا هـو إذا كـان اللزوم من جهه العقـديه، لاـ مـا إذا كـان من جهه هى متحققه فى العقـد و معاطـاته، بـل لو لاـ الجهه المخصوصه لكان عقدها جائزا ضروره كونه حينئذ هبه، و هى من العقود الجائزه.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لاعتبار ما يعتبر فى العقود اللازمه من اللفظ المخصوص و نحوه، ضروره كون لزومها من جهه القربه لا من جهه العقديه، فيه حينئذ كالهبه المعوضه.

نعم يبقى شـى ء و هو احتمال دعوى أعميه الصـدقه من العقـد، ضـروره صـدقها على الإبراء المتقرب به، و الوقف كذلك، بل و على بـذل الطعـام و المـاء و نحوهمـا للفقراء و المسـاكين مثلاـ و إن لم يكن على جهه معنى العقـديه الـذى هو قصـد الارتبـاط بالإيجاب و القبول، و لقد

كان على ابن الحسين (عليه السلام)(۱)«يتصدق على الفقير فى السر على وجه لا يحصل فيه معنى العقديه،»

بـل لاـ يبعـد كونهـا دفع المال مجانا قربه إلى الله تعالى شأنه، فإن كان مورده الإبراء، كان صـدقه و إبراء، و إن كان مورده الهبه، كـان هبه و صـدقه، و إن كـان مورده الوقف، كـان وقفـا و صـدقه، و إن كـان غير ذلـك كـان صـدقه، و منه الزكاه و الكفاره و نحوهما.

فالإبراء حينئـذ منه ما هو صدقه، و منه ما هو ليس كذلك، و كذلك الهبه و الوقف، و حينئذ فيجرى على كل منها أحكام ذلك إلا الرجوع بها حيث تقوم مقام الهبه للعله التى سـمعتها، و ليست هى عقدا مسـتقلا تقوم مقام المذكورات على نحو الصـلح، كما عسـاه يظهر من أفرادها بكتاب عن الهبه و إطلاقهم كونها عقـدا، لكنه ليس فى محله عنـد التأمل، و إلا لاحتاجت إلى القبول فى قيامهـا مقـام الإبـراء، و من المعلوم خلافه بل لم يجرحكم الإبراء حينئـذ على ما كان صـدقه منه و كـذا الوقف و الهبه، و بـذلك يظهر أن ذلـك ليس ممنوعـا لهـا عنهـا، كما أومئ إليه الفاضل و غيره فيما سـمعته من الحنث بالصـدقه لو حلف أن لا يهب و لا يهدى.

و بـذلك يظهر لـك النظر فيمـا ذكرهـا فى جـامع المقاصـد حيث قـال: «إن ما ذكروه فى الاحتجاج على أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول، و هو قوله تعالى (۲)«وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب الصدقه الحديث- ۸.

۲- ۲ سوره البقره الآيه- ۲۸۰.

حیث فسروا الصدقه هنا بالإبراء، یقتضی عدم اشتراط القبول، و لا نیه القربه».

إذ هو کما تری لا یقتضی إلا عدم اعتبار القبول فی هذا القسم خاصه و أما اعتبار القربه فهو من مقوماتها دونه، فلیس کل إبراء صدقه، و لا کل صدقه إبراء، و کذلک الهبه و الوقف، بل بینها و بین هذه العموم من وجه، لما عرفت من صدق الصدقه علی ما لا ـ یندرج فی شی ء منه، فلیست هی إلا لمعنی متحد شامل للجمیع، و هذه افراده، و کل فرد منها داخل تحت اسم آخر یلحقه حکمه، و إن سمی باعتبار قصد القربه فیه أنه صدقه، إلا ـ أن ذلک کله مناف لظاهر جعلها عقدا مستقلا عن الهبه، الظاهر فی مباینتها لها، و أن التمیز بینها و بین الهبه بالقصد و إن اتحد موردها، و حینئذ لا تجتمع الصدقه العقدیه مع غیرها من العقود أصلا، و الهبه قربه إلی الله تعالی مع عدم القصد بأنها صدقه تکون هبه لا صدقه، و بالعکس صدقه لا هبه.

و بذلک یظهر النظر فی جمله من الکلمات السابقه، و لعله الی ذلک یرجع ما فی المسالک و إن کان هو لا یخلو من نظر من وجه آخر، قال: قد یلوح من بعض کلامهم عدم الاتفاق علی اشتراط القربه، حیث استدلوا علی أن الإبراء لا یحتاج إلی القبول بقوله تعالی (۱)«وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَیْرٌ لَکُمْ» و فسروا الصدقه هنا بالإبراء، مع أنه غیر مفتقر إلی القربه، و یلزم منه عدم افتقارها إلی القبول أیضا کذلک، إلا ـ أن یقال: إنها تطلق علی معنیین: خاص و عام، و أن الإبراء صدقه بالمعنی العام، و کلامهم هنا فی المعنی الخاص و قد

تقدم فی الوقف أنه صدقه، و الاخبار مشحونه به، مع أن الأصح عدم اعتبار نیه القربه فیه، و هذه فوائد اعتبار معنی العام».

و کیف کان فتفتقر صحتها مع الإیجاب و القبول إلی اقباض أی القبض بإذن، بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به واحد، بل قیل: إنه قد یلوح الإجماع علی ذلک، أو یظهر مع المبسوط الراوندی بل عن التذکره، الإجماع علیه فی موضعین و هو الحجه بعد النصوص المذکوره فی الوقف، ک

حسنه عبید بن زراره(۲)عن الصادق (علیه السلام) «فی رجل یتصدق علی ولد قد أدرکوا فقال: إذا لم یقبضوا حتی یموت

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۸۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۵.

فهو میراث»

و غیره مما تقدم سابقا لما عرفت من أعمیه الصدقه من الوقف، فترک الاستفصال حینئذ یقتضی العموم، بل قد یدعی أنه المتبادر من نصوص الصدقه المشتمله علی ذلک فإنها بمعنی الإعطاء صدقه، بل ربما یستدل بأصاله عدم الصحه أیضا، إلا أنه فی غیر محله، لانقطاعه بالعمومات.

نعم یتجه الاستدلال علیه بما دل علی اعتباره فی الهبه بناء علی أنها هی مع زیاده نیه القربه التی اقتضت عدم جواز الرجوع بها بعد

اجتماع شرائط صحتها التی منها الإقباض المزبور.

و حینئذ ف لو قبضها المعطی له، من غیر رضا المالک لم ینتقل إلیه لعدم حصول الإقباض الذی هو بمعنی القبض بالإذن، کما فی کل مقام کان القبض فیه من شروط الصحه، لا لکونه منهیا عنه حینئذ بدون الإذن، إذ هو معامله لا ینافی ترتب أثره علیه کونه محرما، و لکن الشرط الإقباض و لو للإجماع علی ذلک، لم یحصل الشرط حینئذ، فلم یترتب علیه الأثر، فضلا عن عدم القبض أصلا، و ارتفاع الضمان عن المبیع- بقبض المشتری من دون إذن البائع- إنما هو لعدم کون القبض فیه شرطا للصحه، کما فی الفرض، لتمامیه الملک بعقد البیع، و إنما وجب الإذن للتقابض الذی هو مقتضی المعاوضه، و هو أمر خارج عما نحن فیه، و الضمان بالتلف قبل قبضه إنما کان لفوات المعاوضه، فمع فرض تحققه تمت المعاوضه، فلا ضمان بعد علی البائع حینئذ من هذه الجهه، و إن کان القبض بغیر إذنه.

نعم لا یرتفع الخیار مثلا بهذا القبض و لا غیره من الأحکام التی تترتب علی القبض و الله العالم.

و من شرطها إن لم یکن من مقوماتها نیه القربه بلا خلاف أجده فیه بلا الإجماع بقسمیه علیه، و المناقشه فی ذلک- و فی اعتبار القبول بقوله تعالی (۱)«وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَیْرٌ لَکُمْ» المستدل به علی الإبراء- قد عرفت جوابها مما تقدم، کل ذلک مضافا إلی

حسنی حماد و صحیحه عن أبی عبد الله (علیه السلام) «لا صدقه و لا عتق إلا ما أرید به وجه الله عز

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۸۰.

و جل»

و صحیح محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر (علیه السلام) «و لا یرجع فی الصدقه إذا ابتغی وجه الله عز و جل»

و خبر الحکم (۲)«إنما الصدقه لله فما جعل لله فلا رجعه له فیه»

و غیر ذلک من النصوص الداله علیه حتی

النبوی (۳)المروی فی الطرفین «أن مثل الراجع فی صدقته مثل الراجع فی قیئه.»

و حینئذ ف لا یجوز الرجوع فیها بعد القبض علی الأصح بل عن السرائر و التذکره و ظاهر المفاتیح و کذا الغنیه الإجماع علیه، للعموم المقتضی ذلک و الخصوص الذی عرفته، و لأن المقصود بها الأجر و قد حصل، فهی کالهبه المعوض عنها و کالعباده التی لا خیار فیها، مضافا إلی أولویه اللزوم فی المقام منه فی الهبه المنوی فیها القربه المحکی علیه الإجماع عن الانتصار و الغنیه و التذکره إن لم تکن هی، کما عرفته سابقا.

لکن مع ذلک کله عن المبسوط، و المهذب و فقه الراوندی ان صدقه التطوع بمنزله الهبه فی جمیع الأحکام، و من شرطها الإیجاب و القبول، و لا تلزم إلا بالقبض أو ما یجری مجراه، و کل من له الرجوع فی الهبه، له الرجوع فی الصدقه، و لا ریب فی ضعفه و إن احتمل بناءه علی عدم اعتبار القربه فی الصدقه، و إذ هو لا یخفی علیک ما فیه، بل المحکی عن صریحه التصریح باعتبار القربه فی مفهومها، فضلا عن کونه شرطا فیها، و ما أبعد ما بینه، و بین المحکی عنه فی النهایه، و المفید فی المقنعه، من أن ما تصدق به لوجه الله فلا یجوز أن یعود إلیه بالبیع أو الهبه أو الصدقه، و إن رجع بالمیراث کان جائزا، و لعله لقول الصادق (علیه السلام) فی صحیح منصور بن حازم (۴)المحمول علی الکراهه لمعارضته للعمومات التی هی أصول المذهب و قواعده، بل عن المحقق حمل عباره النهایه علی ذلک، بل عن ابن إدریس نفی الخلاف عن جواز الرجوع بذلک، و لعله تحمل عباره المقنعه علی ذلک أیضا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱.

و کیف کان ف الصدقه المفروضه أو الزکاه منها خاصه محرمه علی بنی هاشم إلا صدقه الهاشمی أو صدقه غیره عند الاضطرار، و لا بأس بالصـدقه المنـدوبه علیهم مطلقا أو ما عدا النبی (صـلی الله علیه و آله) و الأئمه (علیهم السـلام) منهم، کما تقدم الکلام فی ذلک مفصلا.

و من الغریب أنه بناء علی أن الصدقه هی الهبه المتقرب بها و کذا الهدیه و أن المندوبه محرمه علی النبی (صـلی الله علیه و آله) و الأئمه (علیهم السـلام) یتوجه تحریمها حینئذ علیهم إلا مع عدم ملاحظه القربه و یمکن القطع بعدمه، و منه یعلم کون کل منها مفهوما مستقلا عن الآخر.

[مسائل ثلاث]

اشاره

مسائل ثلاث

[المسأله الأولی لا یجوز الرجوع فی الصدقه بعد القبض]

الأولی: قد عرفت أنه لا- یجوز الرجوع فی الصـدقه بعـد القبض، سواء عوض عنهـا أو لم یعوض، لرحم کـانت أو لأـجنبی علی الأصح خلافا لمن سمعت، فجعل حکمها حکم الهبه، لأنها قسم منها، و قد عرفت ضعفه.

و لکن لا یخفی أن مرجع ذلک و مرجع ما سـمعته عن التـذکره و غیرها أن الصدقه حینئذ من الأوصاف اللاحقه للهبه، و لیسـت عقـدا مسـتقلا مقابلا لها، و حینئذ فإذا أفسدت النیه فیها بمنافاه الإخلاص و نحوه یتجه ثبوت حکم الهبه لها حینئذ فله الرجوع بها حینئـذ مع عدم العوض، و عدم کونها لرحم، و إلا فلا یجوز، أما علی ما قلناه من کونها عقدا مسـتقلا فالمتجه بطلان العقد حینئذ بفساد شرطه، فتأمل جیدا و الله العالم.

[المسأله الثانیه یجوز الصدقه علی الذمی]

المسأله الثانیه: یجوز الصدقه علی الذمی و غیره من الکافر غیر الحربی و إن کان أجنبیا علی الأصح ل

قوله (صلی الله علیه و آله) «علی کل کبد حری أجر[(۱)]»

و لقوله تعالی لا یَنْهاکُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِینَ لَمْ یُقاتِلُوکُمْ فِی الدِّینِ وَ لَمْ یُخْرِجُوکُمْ مِنْ دِیارِکُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَیْهِمْ [(۲)]» و غیر ذلک مما سمعته فی الوقف، فإن المسأله من واد واحد دلیلا، و خلافا و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب الصدقه الحدیث- ۲ و المستدرک ج ۱ ص ۵۴۶.
۲- ۲ سوره الممتحنه الآیه- ۸.

[المسأله الثالثه صدقه السر أفضل من صدقه الجهر]

المسأله الثالثه: صدقه السر التی تطفئ غضب الرب (۱)أفضل من صـدقه الجهر بلا خلاف أجده فیه بل فی المسالک هو موضع وفاق، قال الله تعالی (۲)«وَ إِنْ تُخْفُوها وَ تُؤْتُوهَا الْفُقَراءَ فَهُوَ خَیْرٌ لَکُمْ» و

عن الصادق (علیه السلام)(۳)«و الله الصدقه فی السر أفضل منها فی العلانیه»

إلی غیر ذلک، الا أن یتهم فی ترک المواساه، فیظهرها دفعا للتهمه التی تجنب عنها سید المرسل (صلی الله علیه و آله) مع بعده عنها فضلا عن غیره أو قصد الاقتداء به، أو ترغیب

الناس، أو نحو ذلک مما یقترن به الجهر علی وجه یرجح علی مراعاه السریه التی هی أرجح من الجهریه من حیث نفسها.

نعم فی الـدروس و غیرهـا تخصـیص ذلـک للمنـدوبه، أمـا الواجبه فالأفضل إظهارها، کما عن تفسیر علی بن إبراهیم روایته عن الصادق (علیه السلام)، و لبعدها عن تطرق الریاء، و للأمر بحملها إلی الإمام المنافی للکتمان، بل

عن ابن عباس (۴)«أن صدقه السـر فی التطوع تفضل علانیتها بسبعین ضعفا، و صدقه الفریضه علانیتها أفضل من سرها بخمسه و عشرین ضعفا»

لکن المصـنف و غیره أطلقوا أفضـلیه السـر، و هو لاـ یخلو من وجه و الأمر سـهل بعـد إیکال الأمر إلی عالم السـر و الجهر، و الله العالم.

و یکره الصـدقه بجمیع ماله علی ما صـرح به غیر واحـد، و لعله لقوله تعالی (۵)«یَسْئَلُونَکَ ما ذا یُنْفِقُونَ، قُلِ الْعَفْوَ» أی الوسط و قوله تعالی (۶)«وَ لا تَبْسُطْها کُلَّ الْبَسْطِ(۷)» و «إِذا أَنْفَقُوا لَمْ یُسْرِفُوا»

قوله (صلی الله علیه و آله)(۸)«أفضل الصدقه عن ظهر غنی»

لکن لا یخفی علیک رجحان مقام الإیثار الـذی أشار إلیه رب العزه بقوله (۹)«وَ یُؤْثِرُونَ عَلی أَنْفُسِهِمْ وَ لَوْ کانَ بِهِمْ خَصاصَهٌ» و فعله الأولیاء و لعله لذا قال فی الدروس: «و یکره أن یتصدق بجمیع ماله إلا مع وثوقه بالصبر و لا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب الصدقه الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره البقره الآیه- ۲۷۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب الصدقه الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث- ۱.

۵- ۵ المستدرک ج ۱ ص ۵۳۴.

۶- ۶ سوره البقره الآیه- ۲۱۵.

۷- ۷ سوره الإسراء الآیه- ۲۹.

۸- ۸ سوره الفرقان الآیه- ۶۷.

۹- ۹ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب الصدقه الحدیث- ۴.

عیـال له» و کـأن الرجوع فی ذلـک کله إلی الموازین الشـرعیه- المختلفه باختلاـف الأمکنه و الأزمنه و الأحوال- هو المتجه فی ذلک و فی غیره، کالصـدقه و عنـده عیال محتاجون أو علیه دین التی نفی اسـتحبابها فی الأول فی القواعد، و عن غیرها، و حکم بکراهتها فی الثانی.

لکن من المعلوم إراده قله الثواب من ذلک، نحو الصدقه علی الأجنبی مع حاجه القریب الذی ورد فیها

(۱)«لا صدقه و ذو رحم محتاج»

المراد منها المرجوحیه بالنسبه إلی تلک، و التی

«سئل النبی (صلی الله علیه و آله)(۲)أی الصدقه أفضل؟ قال علی الرحم الکاشح»

هذا.

و قـد تضـمنت النصوص وظائف کثیره للصدقه، کما أنها تضـمنت الحکم بالصدقه فی جمله من الأمور کالتوسـعه علی العیال، و بذل الجاه، و الکلمه اللینه و نحو ذلک مما مراد منها مشابهتها فی الفصل، لأنها منها حقیقه، فلاحظ و تدبر، و الله العالم و الموفق و المؤید و المسدد.

۱- ۱ سوره الحشر الآیه- ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب الصدقه الحدیث- ۴- ۱.

[كتاب السكنى و أختيها و الحبس]

اشاره

كتاب السكنى و أختيها و الحبس و هى عقد بالمعنى الأعم الشامل للمعاطاه بناء على مشروعيتها يفتقر فى الصحه إلى معنى الإيجاب و القبول و لو فعلا- بلا- خلاف و لا إشكال، و يفتقر فى اللزوم إلى اللفظين منه على نحو غيرها من العقود اللازمه التى شرعت المعاطاه فيها، على أنها من أفرادها و لا- فرق فى ذلك بين كونها مطلقه، أو مقترنه بمده أو عمر، كما هو ظاهر الأصحاب، و جواز الرجوع بها فى الأول متى شاء لا ينافى افتقار مشروعيتها إلى معنى الإيجاب و القبول، على حسب ما سمعته فى العقود الجائزه على أن الظاهر لزومها فى الفرض أيضا بالنسبه إلى مسمى الإسكان، و جواز الرجوع لمكان تحقق مقتضاها لا لكون العقد جائزا، و إلا لجاز عدم إسكانه أصلا و الأمر فى ذلك سهل.

و أما القبض فلا خلاف أجده فى اعتبارها فيها أيضا، بل فى الرياض عن ظاهر جماعه و صريح آخر الإجماع عليه. نعم فى جامع المقاصد ينبغى أن يكون اشتراطه على القول باللزوم، أما على عدم اللزوم فإنه بمنزله العاريه، و الظاهر أن مراده ما فى الروضه من أنه إنما يشترط على تقدير لزومها، أما لو كانت جائزه فالإقباض شرط فى جواز التسلط على الانتفاع، و لما كانت الفائده بدونه منتفيه، أطلق اشتراطه فيها، و إلا فلا يخفى عليك عدم منافاه شرطيته لجوازه، كما فى القبض بالنسبه إلى الهبه، على معنى عدم تحقق أثر العقد إلا به، هذا.

و عن المبسوط و المهذب و فقه الراوندى و السرائر و غيرها أنه يفتقر فى صحتها إلى الإيجاب و القبول، و لزومها إلى القبض، و لعله لا يخلو من قوه، لأن العمده فى اشتراطه إجماع الخلاف، و هو أنه إنما يقتضيه، لا الصحه التى هى من مقتضى العمومات و الإطلاقات قال فى

المحکی عنه: «إذا أتی بواحده منها أی العقود الثلاثه، و أقبضه فقد لزمت العمری، ثم ادعی علیه إجماع الفرقه و أخبارهم.

لکن ظاهر الأکثر و صریح بعض أنه شرط فی الصحه، بل الظاهر أنه معقد ما سمعته من الریاض، و لعله لکونها من لواحق الوقف أو الهبه، بل فی المحکی من کلام ابن حمزه اعتبار نیه القربه فی صحتها أیضا، و لا دلیل علیه، بل لا دلیل علی اعتباره فی لزومها أیضا کما هو المحکی عن المقنعه و الکافی و جامع الشرائع و الغنیه، بل ظاهر الأدله کعموم «أَوْفُوا(۱)» و

«المؤمنون»(۲)

و غیرهما لزومها بدون ذلک، و غیرها.

و من هنا کان ظاهرا الأکثر أو المشهور ما هو صریح جماعه من عدم اعتبارها فی الصحه و اللزوم، و إن توقف علیها حصول الثواب. نعم

فی جواز السکنی المطلقه أو لزومها فی المسمی خلاف تسمع تحریره إن شاء الله.

و علی کل حال ف فائدتها التسلط علی استیفاء المنفعه تمام المده المشروطه مع بقاء الملک علی ملک مالکه بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به غیر واحد، إلا ما یحکی عن الشیخ و الراوندی و ابن البراج من اقتضائها نقل العین فی خصوص ما لو قال: هذه الدار لک عمرک و لعقبک من بعدک، مع أنا لم نتحقق ذلک عن الشیخ و ابن البراج، بل المتحقق عن أولهما خلافه، و إن حکی عنه ما یوهم ذلک، و علی تقدیره فلا ریب فی ضعفه، ضروره عدم اختلاف مقتضاها باختلاف کیفیه تعلقها، مع أن الأصل بقاء الملک علی ملک مالکه، کما ستسمع تحقیق الحال فیه.

و إنما غرض المصنف و غیره فیما ذکره التنبیه علی خلاف بعض العامه حیث جعلها مفیده فائده الهبه علی بعض الوجوه، فینتقل مالک العین إلی الساکن و هو واضح الفساد. و الله العالم.

و کیف کان ف یختلف علیها أی السکنی الأسماء بحسب اختلاف الإضافه، فإذا اقترنت بالعمر قیل: عمری و سکنی و بالإسکان

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۲.

وحده قيل: سكنى خاصه و بالمده المعينه قيل: سكنى و رقبى إما من الارتقاب، أو من رقبه الملك، فالسكنى حينئذ مع تعلقها بالمسكن، و كون الصيغه بلفظها أعم منها، و إن كانا هما أعم منها من وجه آخر و هو فيما إذا كانت الصيغه بلفظ أعمرتک و أرقبتک فإنهما حينئذ عمرى و رقبى، و لا يقال: سكنى، أو كان موردهما غير المسكن بل دابه و نحوها، كذا فى المسالک حاكيا له عن الأكثر، بل ستسمع فيما يأتى التصريح منه بأن العمرى و الرقبى المتعلقه بالمسكن هما كالسلم و الصرف بالنسبه إلى البيع، أى قسم خاص من السكنى.

لكن لا يخفى عليک أولا: أن مقتضاه إطلاق السكنى عليهما و إن كانت الصيغه بلفظهما، كإطلاق البيع على السلم و الصرف.

و ثانيا: أن المعلوم من النص و الفتوى تباين العقود، و أنه لا يجتمع عقدان فى عقد واحد، ضروره كون كل منهما سببا مستقلا فى نفسه، كما أن المعلوم منهما هنا أن هذه العقود الثلاثه كغيرها من العقود، بدليل- اختلاف مواردها فى كثير من المقامات- و غيره، و مع فرض اتحاد موردها و اتحاد الصيغه القابله لكن منها يجب التمييز بالنيه و القصد، كالصله و البيع و الهبه المعوضه.

بل قد يظهر من المحكى عن التحرير عدم إمكان اجتماعها أصلا، قال: «إن كانت السكنى مطلقه أو يقول أسكنتک عمرى أو عمرک، أو مده معينه من الزمان قيل: سكنى، و إن قيدت بالعمر بأن يقول: أعمرتک مده عمرک أو عمرى قيل: عمرى و إن قرنت بالمده قيل: رقبى، بأن يقول: أرقبتک هذه الدار مده» ضروره ظهوره فى اعتبار تحقق كل منها الصيغه باسمها بل لعل التباين ظاهر المحكى عن الوسيله و الكافى.

قال فى الأولى: «العمرى أن يجعل منفعه داره أو ضيعته لغيره مده حياته، و الرقبى أن يجعلها مده معلومه، و السكنى أن يجعل سكناها لغيره مده عمر أحدهما».

و فى الثانى: السكنى أن يجعل منفعه سكناها لغيره مده معلومه، و الرقبى أن يسكنه فيها مده حياه المالک، و العمرى أن يسكنه فيها طول عمر المعمر» أى الغير.

و عن المبسوط و الخلاف و المهذب و فقه القرآن للراوندی و الغنیه و السرائر أن صوره الرقبی صوره العمری، إلا أن اللفظ یختلف، فإنه یقول: أعمرتک هذه الدار مده حیاتک أو حیاتی، و الرقبی یحتاج أن یقول أرقبتک هذه الدار مده حیاتک أو حیاتی بل عن المبسوط لا فرق بینهما عندنا، و عن المهذب و ما یفرق به بعض الناس لیس مذهبا لنا.

و فی محکی التذکره

عن علی (علیه السلام)(۱)«الرقبی و العمری، سواء»

و فی محکی الخلاف أن العمری عندنا سکنی، و عن الجامع أن العمری و الرقبی بحکم السکنی، و عن صیغ العقود أن العبارات شتی و المقصود واحد، و عن المختلف بعد أن ذکر کلام المبسوط و المهذب و الوسیله و الکافی و السرائر قال: و هذه اختلافات لفظیه.

قلت: لا إشکال فی أن المفاد واحد مع فرض کون المورد المسکن، إلا أنه تظهر الثمره مع فرض التباین بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجمیع، کما فی کل مشترک، و قضی القدر المشترک غیر کاف، لعدم ثبوت مشروعیته لنفسه، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخیص کونه بیعا أو صلحا أو هبه معوضه، و الفرض صلاحیه المورد، فإن کان المراد من الوحده و التسویه بالنسبه إلی النتیجه أو بالنسبه إلی أکثر الأحکام الثابته لهما، فکذلک، و إن أرید بالوحده الاتحاد بالعقد و إن تکثرت أسماؤه باعتبار ألفاظه فخلاف ظاهر النص و الفتوی أنها عقود مستقله مختلفه المعانی، بل لو أرید من مورد أحدها الآخر بطل، نحو ما یراد من البیع الصلح، و بالعکس، إلا بناء علی جواز إنشاء العقد اللازم بالمجاز، و الفرض قصد المعنی المجازی، أما مع عدمه فلا ریب فی بطلانه ضروره کونه حینئذ کإراده الإجاره بالبیع، و بالعکس، فتأمل.

و من ذلک یظهر أن الأولی قصد السکنی و العمری فی اللفظ المشتمل علیهما، و کذا اللفظ المشتمل علی المده المعینه و ربما تسمع لذلک تتمه إن شاء الله تعالی.

و علی کل حال ف العباره عن العقد أن یقول: أسکنتک أو أعمرتک أو.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۳.

أرقبتک أو ما جری مجری ذلک، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسکن عمرک أو عمری أو مده معینه بلا خلاف و لا إشکال فی أصل جواز العقد بذلک.

إنما الکلام فی حصره بذلک، و قد قدمنا سابقا تحقیق الحال فی سائر العقود اللازمه، فضلا عن غیرها بالنسبه إلی خصوص اللفظ و بالنسبه إلی اعتبار الماضویه و غیرها فلاحظ و تأمل.

لکن عن التذکره هنا أو یقول: أرقبتک هذه الدار، و هی لک مده حیاتک أو وهبت منک هذه الدار عمرک علی أنک إن مت قبلی عادت إلی، و إن مت قبلک استقرت علیک، قیل: و ظاهره الملک للعین مستقرا کما حکاه هو و غیره عن بعض العامه، و یمکن اراده الاستقرار للمنفعه بقیه العمر لمعلومیه مخالفه الأول لظاهر المذهب و أن یکون مراده صحه الهبه علی هذا الوجه، و لکن جاء بها فی المقام لأن لها شبها بالعمری من حیث التقیید به، لا عقد العمری بلفظ الهبه الذی قد یشکل بأنه مجاز فلا یعقد به العقد اللازم بناء علی المعروف عندهم، و الأمر فی ذلک سهل بعد وضوح الحال.

ثم إنه غیر خفی علیک وجه المناسبه فی العمری، أما الرقبی فالظاهر أنها من الارتقاب الذی هو الانتظار، لانتظار کل منهما المده، المضروبه، أو من رقبه الملک باعتبار دفع الرقبه إلیه لاستیفاء المنفعه، و عن بعض أصحابنا أن الرقبی أن یقول: جعلت خدمه هذا العبد لک مده حیاتک أو مده حیاتی، و کأنه أخذها من رقبه العبد إلا أنا لم نعرفه، کما اعترف به غیرنا.

بل فی الحدائق إنکار أصل عقد الرقبی، لعدم وجود لفظها فی شی ء من نصوصنا، و إن کان فیه عدم اعتبار ذلک فی ثبوت العقد، خصوصا بعد المرسل عن علی (علیه السلام) المتقدم (۱)، بل عن الخلاف نسبته إلی أخبارنا، و الله العالم.

[لزوم عقد السکنی]

و کیف کان ف تلزم السکنی و أختاها بالقبض بعد فرض اجتماع غیره مما یشترط فیها قیل: و القائل أبو الصلاح فی المحکی عن کافیه، بل لعله ظاهر المحکی عن المقنعه و الغنیه، و جامع الشرائع تلزم ان قصد به القربه و إلا فلا.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۳.

و الأول أشـهر بل المشـهور فى المسالک هو المعروف من مذهب الأصحاب، بل فيها أيضا لم نقف على قائل بالقولين الآخرين، بـل فى محكى الخلاـف إذا أتى بواحـده منهـا أى العقـود الثلاـثه و أقبضـه فقـد لزمـت العمرى، ثـم ادعى عليـه إجمـاع الفرقه و اخبارهم، و لعله الحجه مضافا إلى قاعده اللزوم و استصحابه.

و

خبر أبى الصباح الكنانى(۱)عن أبى عبد الله (عليه السـلام) «سئل عن السكنى و العمرى فقال: إن كان قد جعل السكنى فى حياته فهو كمـا شـرط، و إن كـان جعلهـا له و لعقبه بعـده حتى يغنى عقبه، فليس لهم أن يبيعوا و لاـ يرثوا ثم ترجع الـدار إلى صـاحبها الأول».

و مضمر حمران (۲)«سألته عن السـكنى و العمرى؟ فقال: إن الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته، و إن كان لعقبه فهى لعقبه كما شرط حتى يفنوا، ثم ترد إلى صاحب الدار».

وحسن الحلبى أو صحيحه (۳)عن أبى عبد الله (عليه السـلام) «فى الرجل يسكن الرجل داره و لعقبه من بعده، قال: يجوز، و ليس لهم أن يبيعوا و لاـ يرثوا، قلت: فرجل أسـكن رجلا فى حياته قال: يجوز ذلک، قلت: فرجل أسـكن رجلا داره، و لم يوقت، قال: جائز و يخرجه إذا شاء»

المعلوم إراده المضـى من الجواز فيه خصوصا بملاحظه ذيل الخبر، و ما تقدمه من النصوص المراد منها لزوم الشـرط على حسب ما شرط.

و كذا

صحيح الحسين بن نعيم (۴)عن الكاظم (عليه السـلام) «سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته أوله و لعقبه من بعده، هـل هى له و لعقبه كمـا شـرط؟ قـال: نعم قلت فان احتاج يبيعها قال: نعم، قلت فينقض بيعه الـدار السـكنى؟ قال: لا ينقض البيع، كذلک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل ذكره صدره فى الباب- ۳- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲ و ذيله فى الباب- ۳- الحديث- ۱.

۴- ۴ التهذيب ج ۹ ص ۱۴۱ الحديث- ۴۰ الفقيه ج ۴ ص ۱۸۵.

سمعت أبی (علیه السلام) یقول، قال أبو جعفر (علیه السلام): لا ینقض البیع الإجاره و لا

السکنی، و لکن یبیعه علی أن، الذی یشتریه لا یملک ما اشتری حتی تنقضی السکنی علی ما شرط، و کذلک الإجاره».

کما صرح به

فی خبر أحمد بن عمر الحلبی (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «سألته عن رجل أسکن داره رجلا فی حیاته؟ قال: یجوز له و لیس له أن یخرجه، قال: قلت فله و لعقبه؟ قال یجوز له، و سألته عن رجل أسکن رجلا و لم یوقت له شیئا قال یخرجه صاحب الدار إذا شاء».

إلی غیر ذلک من النصوص التی لا یعارضها

خبر أبی البختری (۲)المروی عن قرب الاسناد عن جعفر عن علی (علیه السلام) «أن السکنی بمنزله العاریه إن أحب صاحبها أن یأخذها أخذها، و إن أحب أن یدعها فعل أی ذلک شاء»

القاصر عن ذلک من وجوه مع أنه محمول علی السکنی المطلقه، بل لعلها هی السکنی، و أما المحدود بالعمر و المده المعینه فهی العمری، و الرقبی، کما سمعت الکلام فیه سابقا، و إطلاق المصنف و غیره هنا لزومها منزل علی غیر هذا الفرد الذی سیصرح المصنف بحکمه، مع إمکان إرادته الإطلاق حتی بالنسبه إلیه لکن فی مسماها خاصه، کما سمعته من الفاضل بل هو مقتضی الجمع بین الأدله علی ما ستعرف.

و علی کل حال فقد ظهر لک ضعف القولین المزبورین اللذین لم نتحقق أولهما کما لم

نعرف دلیله، سوی الخبر المزبور المعارض بما عرفت و بما دل سابقا من النصوص علی عدم جواز الرجوع بما اعطی الله تعالی شأنه، إن کان مراده الجواز حتی فی هذا الفرد، بل و لا دلیل الثانی منهما إلا العمل به أیضا و بنصوص ما أعطی الله تعالی شأنه لا یجوز الرجوع فیه، إلا أن الجمیع کما تری مناف لقواعد الاستنباط، و الجمع بین جمیع الأدله بعد وزنها بموازین القسط. و الله العالم.

و لو قال: لک سکنی هذه الدار مثلا ما بقیت أنت أو ما حییت أنت جاز بلا خلاف و لا إشکال، لعموم الأدله،

۱- ۱ التهذیب ج ۹ ص ۱۴۰ الحدیث- ۳۶ الفقیه ۴ ص ۱۸۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحکام السکنی الحدیث- ۳.

و خصوصها التى تقدمت الإشاره إليها و مقتضاها أن السكنى ترجع إلى المسكن بعد موت الساكن لأن، ذلك هو مقتضى شرطه الذى شرطه.

لكن قال المصنف على الأشبه مشعرا بوجود الخلاف فيه بيننا، و لم نجده كما اعترف به غيرنا أيضا، بل فى محكى المبسوط أنه الصحيح على مذهبنا، بعد أن حكى فى المسأله قولين الصحه و البطلان، و أن القائلين بالصحه منهم من قال: إنها تكون للعمر مده بقائه و لورثته بعده، و منهم من قال: إنه إذا مات رجعت إلى المعمر أو ورثته إن كان هو مات، و ظاهره ان هذه الأقوال للعامه خصوصا بعد أن كان المحكى عن أكثر أصحاب الشافعى استظهار البطلان من قوله فى القديم، إلا أبا إسحاق منهم، و فإنه استظهر منه الصحه، و الرجوع بموته إلى المالك أو ورثته، و أما القول بالصحه و أنها ترجع إلى ورثته الساكن، كالهبه فهو قوله فى الجديد، فكان الذى ينبغى ترك قول المصنف «و الأشبه» هذا كله مع الإطلاق.

و أما لو قال فإذا مت رجعت إلى فإنها ترجع قطعا بلا خلاف و لا إشكال بل عن المبسوط و الخلاف إجماع الفرقه عليه، مع زياده و أخبارهم فى الثانى، و إن كان لا فرق بين ذلك و الأول سوى التصريح و عدمه، و هو ليس فارقا كما هو واضح، و الله العالم.

و لو قال: أعمرتك هذه الدار لك و لعقبك، كان عمرى فيجرى عليها حكمها من لزومها ما دام العقب، فإذا انقرضوا رجعت المنفعه إلى المالك.

و أما العين فهى على ملك المال و لم تنقل منه إلى المعمر بالفتح و كان كما لو لم يذكر العقب، على الأشبه بأصول المذهب و قواعده و النصوص المتقدمه سابقا بل فى ظاهر المحكى من التذكره فى مواضع و جامع المقاصد الإجماع عليه.

لكن عن المبسوط إذا قال: لك عمرك و لعقبك من بعدك، فإنه جائز، ل

ما رواه جابر(۱)«أن النبى (صلى الله عليه و آله) قال: أيما رجل أعمر عمرى له و لعقبه، فإنما هى للذى يعطاها لا ترجع للذى أعطاها، فإنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث».

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۵.

قيل و ظاهر احتجاجه بالحـديث لفتواه عمله بمضـمونه إذ لو لا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التى ذكرها هو فى التهذيب كروايه أبى الصـباح و غيرهـا أولى، و فيه أنه يمكن إراده إثبـات أصـل المشـروعيه الـذى أفـتى به بـالخبر المزبـور، و من ثم لم يـذكروا خلافه، بل عن بعض نسخ الكتاب أنها خاليه عن لفظ الأشبه.

نعم يحكى عن فقه القرآن للراونـدى الفتوى بمتن الخبر المذكور، من دون نسـبه إلى روايه، و لا ريب فى ضـعفه، ضـروره كون الخبر عاميـا معرضـا عنه منافيـا لظـاهر النصوص المزبوره، بل و لأصول المـذهب و قواعـده، إذا أريـد النقل إليه و إن لم يقصـده الناقل. و الله العالم.

و إذا عين للسـكنى مـده، لزمت بالقبض لما عرفته سابقا و لا يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضائها، و كذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع السـكنى و إن مات المعر بالفتح لجميع ما تقدم من أدله اللزوم، و حينئذ ف ينتقل ما كان له إلى ورثته كغيرها من الحقوق و الأملاـك، حتى يموت المالـك بل عن الشـيخ فى الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم، معتضـدا بما فى المسالك و عن غيرها من نفى الخلاف فيه.

و إن كان قـد يناقش بما عن المصـنف فى المحكى من نكت النهايه قال: «إن الـذى يرجح فى ذهنى أنه لا تكون لعقبه السـكنى إلاـ إذا جعلهـا له و لعقبه بعـد، و لو جعـل السـكنى له مـده حيـاه المالـك و لم يتلفـظ بجعلهـا العقبه، و مـات المجعول له بطلت السكنى، لأنه ليس بتمليك، بل هو أشبه شى ء بالإباحه، فلا يتعدى المجعول له و ما ذكره فى النهايه مطالب بدليله».

و فيه: إن الـدليل مـا عرفت من الإجمـاع المزبور و غيره، و بل خبر محمـد بن قيس(۱)، فى أحـد احتماليه قضـى فى العمرى أنها جائزه لمن أعمرها، فمن أعمر شيئا ما دام حيا فإنه لورثته إذا توفى.

لكن الإنصاف عدم خلو كلامه من قوه بناء على ما تسـمعه من ظهور إطلاق السـكنى فى سـكناه خاصه، و من يتبعه فى العاده، و أنه ليس له إسكان غيره، و لا إجارته، اللهم إلا أن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲.

یقال: إن ذلک لا ینافی کون السکنی حقا له علی وجه الصلح عنه للمالک، و حینئذ یتجه انتقاله إلی الوارث، و إن لم نجوز له سکناه، و لکن یکون الحق له علی وجه له الصلح عنه من المالک.

فیکون إسقاطا، إذ لا تلازم بین تعذر السکنی بموت أو حبس مثلا و بقاء الحق المزبور، و بهذا یجمع بین کلامهم هنا و کلامهم الآتی، أو یحمل هذا علی ما إذا کانت العمری علی وجه

تنتقل إلی الوارث باعتبار التصریح فیها علی أنها له یفعل فیها ما شاء، و کلامهم الآتی إنما هو فی الإطلاق المنزل علی إراده الخصوصیه الذی یقوی فیه ما سمعته من المصنف فلا حظ و تأمل جیدا.

و لو قرنها بموت المعر بالفتح ثم مات المالک قبله، لم یکن لورثته إزعاجه، لقاعده اللزوم و غیرها مما عرفته سابقا، بلا خلاف معتد به أجده فیه، سوی ما یحکی عن أبی علی من التفصیل بأنه إن کانت قیمه الدار یحیط بها ثلث المیت لم یکن لهم إخراجه، و إن کان ینقص عنها کان ذلک لهم، و هو مع شذوذه مخالف للقواعد و الضوابط، فضلا عن الأدله السابقه.

و لم نعثر له علی شاهد سوی

خبر خالد بن نافع البجلی (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «سألته عن رجل جعل لرجل سکنی دار له مده حیاته، یعنی صاحب الدار، فمات الذی جعل السکنی، و بقی الذی جعل له السکنی، أ رأیت إن أراد الورثه أن یخرجوه أ لهم ذلک؟ فقال:

أری أن یقوم الدار بقیمه عادله، و ینظر إلی ثلث المیت، فإن کان فی ثلثه ما یحیط بثمن الدار، فلیس للورثه أن یخرجوه، و إن کان الثلث لا یفی بثمن الدار فلهم أن یخرجوه، قیل له: أ رأیت إن مات الرجل الذی جعل له السکنی بعد موت صاحب الدار تکون السکنی لورثه الذی جعلت له السکنی؟ قال: لا».

و هو مع ضعف سنده و اضطراب متنه حتی قال الشیخ: ما تضمنه الخبر المزبور من قوله «یعنی صاحب الدار» غلط من الراوی و وهم منه فی التأویل، لأن الاحکام التی ذکرها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام السکنی الحدیث- ۱- ۲.

بعد ذلک إنما تصح إذا کان قد جعل السکنى حیاه من جعلت له السکنى فحینئذ یقوم و ینظر باعتبار الثلث و زیادته و نقصانه، و لو کـان جعل له مـده حیاته یعنى صاحب الـدار لکان حین مات بطلت السـکنى، و لم یحتـج معه إلى تقویمه، و اعتباره بالثلث و ربما استظهر من هذا الکلام موافقه الشیخ لابن الجنید.

و فیه: أنه یمکن إرادته بیان بطلان هـذا التأویل بعدم جریان الأحکام المزبوره علیه، أما إذا جعل عمر الساکن و الفرض حیاته، و موت المالک فیمکن جریان الحکم المزبور، بعـد إراده منفعه الدار من الدار فیه، و إراده تسـلطهم على الإخراج بالنقصان لثبوت حق لهم فى الجمله، لا البطلان أصلا، و لو بحمله على الوصیه أو على التنجیز فى مرض الموت، أو على ما یوافق کلام الإسکافى أو غیر ذلک.

و من هنـا قال غیر واحـد: إن فى متن الخبر المزبور اضـطرابا و خللا، فکیف یخرج بمثله عن مقتضـى الأدله السابقه. فمن الغریب بعـد ذلک کله وسوسه الخراسانى فى الکفایه فى المسأله بعـد أن لم نجـد موافقا للإسـکافى من زمنه إلى زمنه إلا ما سـمعته من الشیخ.

هذا کله إذا مات المالک و المعمر حى أما إذا مات هو و الفرض أن الغایه عمره لم یکن لوارثه شى ء و رجعت إلى المالک بلا خلاف و لا إشکال و الله العالم.

ثم لا یخفى علیک أن مورد النصوص فى العمرى عمر أحـدهما و عمر عقب المعر بالفتـح لکن یقوى فى النظر التعـدى إلى غیر ذلک من عمر الأجنبى کما عن الشـهید الفتوى به فى بعض فوائده، و نفى عنه البأس فى المسالک و بعض من تأخر عنها، لعموم «الأمر بالوفاء، بالعقود(۱)»،

«و المؤمنون»(۲)

و خصوص مضمر حمران (۳)و غیره مما تقدم سابقا، و لصدق اسم العمرى فى الجمله، المدلول على شـرعیتها فى بعض الاخبار من غیر تقییـد بعمر أحـدهما، کمـا فى المسالک، بل مقتضـى ذلک التعـدى إلى غیر ذلک من عمر حیوان بل جماد، و لو نفس العین

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب السکنى الحدیث- ۱.

التی هی مورد العمری، و إن کان الأحوط عدمه، و أحوط منه الاقتصار علی ما فی خصوص النصوص.

و علی کل حال فیفرع علی التعدی المزبور حکم ما لو مات أحدهما فی حیاه من علقت بعمره، فإن کان المالک فالحکم کما لو مات فی حیاه المعر الذی علقت العمری بموته و قد عرفت سابقا أنه یبقی علی استحقاقه، و إن کان هو

المعر ففی المسالک، و غیرها رجعت العمری إلی المالک، کما لو مات من علقت علی عمره.

و فیه: أن المتجه بناء علی ما ذکرناه عوده إلی ورثه المعر فی الأول نحو ما سمعته فیما لو مات بحیاته المالک الذی کان عمره غایه العمری، إلا علی ما سمعته من المحقق فی النکت کما تقدم الکلام فیه هنا، و فیها أیضا أنه أولی ما فی النصوص جواز جعل العمری لبعض معین من العقب، و مثله ما لو جعله له مده عمره و لعقبه مده مخصوصه، و العقد حینئذ مرکب من العمری و الرقبی، و فیه ما لا یخفی مع فرض اتحاد إیجاب العقد، و إلا لجاز اجتماع السکنی المطلقه و العمری و الرقبی فی عقد واحد، و إن کان متعلق کل منهما مختلفا، و حینئذ یکون العقد جائزا لازما، و هو کما تری.

نعم قد یقال: إن مقتضی العمومات خصوصا خبر حمران جریان کثیر من أحکام الوقف فیما، من التشریک و الترتیب و تبعیه المعدوم للموجود، من غیر فرق بین عقبه و غیره، و الدوام و الانقطاع و غیر ذلک، بل یجوز فیها کل شرط سائغ فی نفسه، نحو ما سمعته فی الوقف أیضا، و لعل ترک الأصحاب التعرض لأکثر من ذلک اتکالا علی ذکرهم له فیه، نحو اتکالهم فی ذکر جمله من الأحکام علی العمری مثلا، أو السکنی أو الرقبی مثلا علی اتحاد الجمیع فی ذلک، خصوصا بعد ما سمعت من

المرسل عن علی (علیه السلام) «العمری و الرقبی سواء»

و فی محکی المبسوط لا فرق بینهما عندنا، و المهذب و ما یفرق به بعض الناس لیس مذهبا لنا، إلی غیر ذلک مما تقدم مما هو محمول علی إراده التساوی فی الأحکام، حتی إذا کان مورد العمری و الرقبی غیر المسکن، فضلا عنه.

و لو أطلق المده و لم يعينها كان صحيحا بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله و عمومها، و لكن له الرجوع متى شاء لحسن الحلبى أو صحيحه (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام)، و خبر أحمد بن عمر الحلبى (۲)عن أبيه عنه أيضا المتقدمين سابقا، لكن ظاهر الإخراج فيهما كما هو المحكى من تعبير الأكثر لا ينافى لزوم العقد الذى هو مقتضى ما عرفته سابقا من أدلته الشامله لجميع الأفراد فيما يتحقق به مسمى السكنى، كما عن العلامه فى التذكره التصريح به، و وافقه عليه أول الشهيدين و ثانى المحققين فيما حكى عنهما، و ما فى المسالك من المناقشه فى ذلك- بأن الروايه مخصصه للآيه، لدلالتها على جوازه مطلقا، كما خصصت الآيه بسائر العقود الجائزه بدليل من خارج»- يدفعها ما سمعت من عدم اقتضاء الروايه أزيد مما عرفت، و الأمر سهل هذا كله فى السكنى المطلقه.

أما العمرى و الرقبى فالظاهر بطلانهما مع الإطلاق، كما قطع به فى الدروس فى الأول.

و لم يتعرض للرقبى، و لعله لاتحادها معها فى الحكم، و احتمل فى المسالك «الصحه، إقامه

إلها مقام السكنى، لاشتراكهما فى كثير من الأحكام و المعانى، و تناسبهما على الوجه الذى قررناه سابقا، فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع، و كذا القول: فى الرقبى، و أولى بالصحه هنا، لأن إطلاقها باعتبار رقبه الملك، أو ارتقاب المده التى يرتضيها المالك ممكنه هنا بطريق الحقيقه، فاستعمالها فى السكنى يكون كاستعمال أحد المرادفين مكان الآخر، و إن اختلفا من جهه أخرى و هذا قوى».

و فيه: أن الكلام ليس فى استعمال لفظ العمرى و الرقبى و السكنى، بل هو فى مشروعيه إطلاق عقديهما على نحو عقد السكنى، و لو فى غير الدار، ثم حكى عن التحرير القطع بأنه مع إطلاق العمرى و الرقبى يصح، و يكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى قال: و هو فى الرقبى حسن، و فتوى الدروس فى العمرى أحسن.

و فيه ما لا يخفى، إذ يمكن أن يكون بناء ما فى السرائر على مساواه العمرى و الرقبى فى الحكم المزبور للسكنى، و لو لا مكان دعوى تحققهما بعمر من الأعمار، و بمضى زمان من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳ و ۲- من أبواب السكنى الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳ و ۲- من أبواب السكنى الحديث- ۲.

الأزمنه لا لاستعمال لفظيهما فيها، حتى يفرق بينهما بالحقيقه و المجاز.

و أغرب من ذلک قوله و يتفرع على ذلک ما لو أعمره مده معينه، فعلى جواز إطلاق العمرى لا شبهه فى الجواز هنا، لانضباطها بالمده، فهى أولى من الإطلاق، و على المنع يحتمله هنا، لاختصاصها بالعمر، و لم يحصل هنا، و الجواز هنا، و إن منع على الإطلاق، و الفرق أنها مع الإطلاق محموله على أحدهما، أو عمر مطلق و لم يعين، فبطلت للجهاله، بخلاف ما لو عين المده، فإنه صريح فى إقامتها مقام السكنى أو الرقبى فيصح كما صح اقامه السلم مقام غيره من أفراد البيع الحال، مع التصريح بإراده الحلول إقامه للنوع مقام الجنس، و أقل مراتبه أنه مجاز مشهور، و ليس بجيد، لأن المعتبر فى العقود اللازمه الألفاظ الحقيقه الصريحه، و هو منفى هنا، إذ هو كما ترى.

و التحقيقى عدم مشروعيه الجميع، للأصل السالم عن معارضه الأدله الظاهره فى غير الفرض، فلا يصحان مع الإطلاق، و لا استعمال العمرى فى الرقبى و لا العكس لما عرفت من أنها عقود متمايزه، و أما استعمال لفظ كل منهما فى عقد الآخر فهو مبنى على ما حررنا فى محله من جواز العقد اللازم بكل لفظ صالح للدلاله، و لو على جهه المجازيه كما هو الأقوى، أو يعتبر لفظ مخصوص، و هذا غير ما نحن فيه كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان فلا يتوهم اختصاص مورد العمرى و الرقبى بمورد السكنى، بل هو أعم إذ كل ما صح وقفه، صح إعماره من العقار و الحيوان و الأثاث و غير ذلک كما صرح به كثير من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافا بل عن ظاهر التذكره الإجماع عليه، للعمومات و خصوصا خبر محمد بن قيس (۱)المتقدم سابقا، بل

فى الصحيح محمد بن مسلم (۲)«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها، قال: هى لها على النحو الذى قال».

و خبر يعقوب بن شعيب (۳)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل يكون له الخادمه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲.

تخدمه فيقول هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره فتأبق الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد أعتقت»

و هما فى الرقبى، فكان على المصنف أن يذكرها مع العمرى، إلا أنك قد عرفت أن ذلك و نحوه لمعلوميه تساويهما فى الحكم.

و على كل حال فلا يبطل عقد العمرى بالبيع و غيره من نواقل العين الذى مورده غير موردها كما لا تبطل بالإجاره بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع عليه، كما عن ظاهر التنقيح أو صريحه، مضافا إلى الأصل و غيره من أدله اللزوم المتقدمه، و خصوص صحيح الحسين بن نعيم المتقدم سابقا و الظاهر أن الرقبى أيضا كذلك، لاتحاد الدليل فى الجميع، بل قيل أنها أولى، بل و كذا السكنى اللازمه، أما السكنى المطلقه و العمرى و الرقبى بناء على مشروعيه الإطلاق فيهما فالذى صرح غير

واحد بل لا أجد خلافا بينهم فيه انفساخها، كما هو شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه لازم ينافيه.

و ربما يحمل على ذلك ما فى الدروس «لو باع المالك العين كان فسخا للسكنى، لا للعمرى و الرقبى» بناء منه على عدم جريان الإطلاق فيهما، و قد يناقش بعدم منافاه نقل العين لنقل المنفعه، و إن كان على وجه الجواز حتى يكون ذلك فسخا شرعا و إن لم يقصده به.

نعم لو قصد به الفسخ و لو بقصد التسليط على العين و منافعها فى وجه التجه حينئذ ذلك.

و كيف كان فالمراد أن نقل العين من حيث كونه كذلك لا يقتضى فسخ العقد اللازم الذى مورده المنفعه، بل يجب أن يوفى المعمر مثلا ما شرط له.

نعم فى صحه أصل البيع من بين النواقل و بطلانه خلاف، فالأكثر على الصحه، للعموم و خصوص الصحيح المزبور، و الجهاله بوقت الانتفاع لا ينافيه، لأنها ليس موردا له، خصوصا مع عدم انحصار المنفعه فى ذلك، لجواز التصرفات التى لا تنافيها، و استقرب الفاضل فى محكى التحرير البطلان، بل عن إيضاح النافع القطع به و استشكل فيه فى القواعد

و محکی المختلف و موضع من التـذکره و الإیضـاح و التنقیـح، و جزم بالصـحه فی محکی الإرشـاد، فاختلف کلامه فی کتبه، و لعله ذلـک ممـا عرفت، و من أن الغرض المقصود من البیع هو المنفعه، و لهـذا لاـ یجوز بیع مـا لاـ منفعه فیه، و الفرض أن زمـان اسـتحقاق المنفعه مجهول، فیتجهـل المبیع، و لـذا منع الأصـحاب من بیع المسـکن الـذی تعتـد فیه المطلقه بالإـقراء لجهـاله وقت الانتفاع به، و من المعلوم أن المقام أولی منه، لإمکان استثناء الزوج مده یقطع بعدم زیاده العده علیها، بخلاف المتنازع.

إلاـ أن ذلـک جمیعه کمـا تری، ضـروره تحقق الانتفـاع بالمبیع، و إنما تخلف منه نوع خاص، و ذلک لا یقـدح، کما أن الجهل بوقت الانتفـاع لیس جهلاـ بعین المبیع، إذ هو لیس من أوصـافه فما دل علی اعتبار المعلومیه فی المبیع لا ینافیه، مثل هـذا الجهل الذی لم یثبت مانعیته من الصـحه، و منع الأصـحاب من بیع مسکن المعتده مبنی علی ما منعوه هنا لاشتراکهما فی المعنی، و یلزم القائل بالصحه هنا القول به.

ثم إن لم یکن دلیل یخصه، مضافا إلی النص المعتبر هنا بالجواز صـریحا، الـذی یکون القول بالبطلان معه کالاجتهاد فی مقابلته، و هو صـریح فی الجواز، بـل لعله ظـاهر فیه حتی لو کانت العمری فی العقب الـذی لا عاده بانتهائه، و من هنا أمکن الفرق بینهما بـذلک، إن لم ندع اتحاد الطریق، أو یقال بخروج ذلک بدلیله إن کان و الأولویه التی ادعوها فی مسـکن المعتده باعتبار إمکان استثناء قدر یقطع بانقضاء العده قبله.

ففی المسالک «إن مثله آت فی العمری، نظرا إلی العمر الطبیعی الذی لا یعیش المعمر بعده قطعا أو عاده، و من ثم یحکم بموت المفقود، و حینئذ یقسم ماله و تعتد زوجته عده الوفاه، اتفاقا».

و إن کان قد یناقش فی أصل ذکر الأولویه المزبوره، بأن المنع إنما هو مع فرض اسـتثناء قدر العده المجهول الدائر بین کونه سته و عشـرین یوما و لحظتین، أو خمسه عشـرا شـهرا أو سـنه، أو تسـعه أشـهر، لا ما إذا فرض اسـتثناء الزائد، ضروره القطع بجواز بیع العین المستأجره مده معلومه.

أنه قـد يناقش فى النقض بذلك، و بأن العمرى قد لا يمكن فيها ذلك، كما إذا كانت مقرونه بعمر العقب أيضا، فلا ريب فى أن ذلك كله خروج عن وجه المسأله الذى هو بيع العين المستحق منفعتها زمانا مجهولا، باعتبار عود مثل هذه الجهاله للبيع و عدمه، و لا ريب فى أن المتجه الصحه، إلا أن تكون المعامله سفهيه.

نعم يكون له الخيـار مع الجهـل بين الصبر مجانا إلى انقضاء المـده و بين الفسـخ لقاعـده الضـرر، من غير فرق فى ذلك بين بيعه على المعمر و غيره، و إن قال فى المسالک «إنه ربما فرق بينهما، فيصح فى الأول، دون الثانى، نظرا إلى استحقاق المعمر المنفعه ابتداء و استمرار استحقاقه فتقل الجهاله، بخلافه غيره».

و فيه أن المعتبر من العلم بـالمنفعه المطلوبه فى البيع إن كـان ممـا ينافيه هـذا الفائت منها بطل مطلقا، و إلا صـح مطلقا، لاختلافه الاستحقاقين، فلا يبنى أحدهما على الآخر، كما هو واضح.

«بقى شـى ء» و هو أن المعمر لو كـان هو المشترى ففى المسالک جاز له بيع العين بجميع منافعها، لأنها بأجمعها مملوكه له، و لا مـانع من نقلهـا إلى غيره بوجه، و إن كان قبل الشـراء ما كان يمكنه بيع هـذه المنفعه، فإن المانع لم يكن الجهاله، بل عـدم جواز أفراد المنفعه بالبيع، و ليس ببعيد جواز الصـلح عليها، لاحتماله من الجهاله ما لا يحتمله البيع، و صحته على العين و المنفعه، فعلى هـذا لو كـان مشترى العين غيره و جوزنـاه جاز له أن يصـلح المشترى على تلک المنفعه المسـتحقه له مـده عمره، بمال معلوم، و يصير المشترى حينئذ مالكا للجميع، كما لو كان هو المعمر».

و فيه أولاـ أن البيع لاـ يقع إلاـ على العين و المنفعه تكون تـابعه للعين باعتبـار تبعيه النمـاء للأعيـان فى الملـک، فمع فرض كون المنفعه مسـتحقه للمعمر بعقـد العمرى لا يصـح تناول عقـد البيع لها، ضـروره عدم تبعيتها للعين المملوكه بسـبب الملک كما هو واضـح، و كـذا فى العين المسـتأجره و نحوهـا، و ثانيـا أنه لاـ يوافق مـا سـيأتى من عـدم جواز إسـكان الساكن غيره، و لا إجارته للمسكن، اللهم إلا أن يحمل على عمرى مصرح فيها بجواز النقل للغير، و الأمر سهل.

و كيف كان ف إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه هو و أهله و أولاده، و لا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط ذلك كما صرح به جماعه، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى المشهور و الظاهر إراده ما فى النافع و غيره من أن إطلاقها يقتضى أن يسكن بنفسه، و من جرت عادته بإسكانه معه، و لذا نسبه فى التنقيح، إلى الشيخ، و القاضى و المشهور، قال: و عليه الفتوى.

لكن قد يظهر من بعض المتأخرين الخلاف بينهم، فى ذلك، حتى أنه فى الكفايه قال:

يلحق بأهله و ولده من جرت العاده بإسكانهم كالعبيد، و الإماء و الخدم و المرضعه و الضيف و غيرهم، و فى غيرها عن جماعه أيضا إلحاق الدابه إذا كان الموضوع معدا لمثلها، و جواز وضع ما جرت العاده بوضعه من الأمتعه و الغله.

و فى التنقيح يجوز من الغله قدر الحاجه، و الظاهر عدم الخلاف بينهم فى ذلك و مراد الجميع أن المدار على ما يفهم عرفا من مثل الإطلاق المزبور الذى هو كغيره من الخطابات العرفيه، و ليس هو إلا سكناه نفسه و توابعها.

و حينئذ ف لا- يجوز له أن يؤجر السكنى لغيره كما لا- يجوز أن يسكن غيره بعاريه و نحوها، ضروره اقتضاء الإجاره ثبوت السلطنه على موردها، و الفرض أن التمليك له قد وقع على وجه خاص.

لكن فى السرائر: «الذى يقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك له إجارته و انتقاله و إسكان غيره معه سوى ولده و امرأته، سواء اذن له فى ذلك أم لا، لأن منفعه هذه الدار استحقها، و صارت مالا من أمواله و حقا من حقوقه فله استيفاؤها كيف شاء، بنفسه و غيره، و ما أورده شيخنا فى نهايته فلا شك أنه خبر واحد قليلا ما يورده أصحابنا فى كتبهم، فشيخنا المفيد لم يورده فى مقنعته، و لا السيد المرتضى و لا المحصلون من أصحابنا».

قلت: لم نقف فيما وصل إلينا من النصوص على الخبر الذى ذكره كما اعترف به فى

الحدائق، اللهم إلا أن يقال: أنه

قول الصادق (عليه السلام) فى خبرى أبى الصباح و الحلبى (۱)المتقدمين «ليس لهم أن يبيعوا و لا أن يورثوا»

و زاد فى أولهما

«ثم ترجع الدار على صاحبها»

على معنى إراده عدم نقل المنفعه لهم و عدم إرثها لا العين المعلوم فيها ذلك، بل ربما فى جعل ذلك جوابا للشرط فى أحدهما إشعار بذلك، و لا- ينافيه نفى الإرث، إذ هو كذلك فى مفروض البحث الذى هو سكناه و سكنى عقبه مده عمر كل واحد منهم، و مع فرض موت أحدهما تنتهى السكنى، فلا إرث.

و لو لا ذلك لاتجه كلام ابن إدريس، ضروره اقتضاء عقد السكنى و أختيها ملك المنفعه، التى هى السكنى، و الناس مسلطون على أموالهم و كون مورد العقد سكناه لا- يقتضى اختصاص تمليكه بمباشرته، و إلا- لاقتضى ذلك فى الإجاره للسكنى، أو للركوب أو نحو ذلك مما كان المستأجر فيه موردا لا شرطا، و دعوى ظهور عقد السكنى فى ذلك ممنوعه كل المنع، و أولى بذلك عقد العمرى و الرقبى، بل قد يقال: إن منافع الأعيان لا تتشخص بفعل المستوفى لها، ضروره عدم كون فعله حينئذ من منافعها المملوكه له، و إنما الفعل مملوك الفاعله.

نعم قد يكون ذلك بطريق الاشتراط، كما فى الإجاره، بل لو قلنا بالتشخيص المزبور لم يتجه الإرث فى مورده، بل لم يتجه ذلك ملك الساكن الأجره بإذن المسكن لان سكنى الغير حينئذ ليس مما انتقل إليه فلا يملك أجرته، فليس حينئذ إلا دعوى أن الإيجاب هنا قد تحمل تمليك السكنى، و اشتراط كون الساكن هو المستوفى، و هى كما ترى لا يساعده عليها عرف، و لا شرع، إذا ليس الإيجاب هنا إلا كغيره مما يراد منه نقل مورده إلى المخاطب، و ليس هو هنا إلا منفعه الدار لا عمل الساكن، أى سكونه الذى هو ليس من منافع الدار.

و بذلك يظهر لك وجه النظر الذى ذكره فى المسالك، فإنه بعد أن حكى عن ابن إدريس ما سمعته، و الجواب عنه بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناوله غيره قال:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- كم أبواب أحكام السكنى الحديث- ۱- ۲.

«و فیه نظر» بل و یظهر النظر فی أصل استدلال المشهور، بأن الأصل عصمه مال الغیر من التصرف بغیر إذنه، خرج ذلک ما أذن فیه، و هو سکناه بنفسه، و من فی معناه، فیبقی الباقی علی أصل المنع، ضروره ابتناء ذلک علی أن المفهوم من العاقد ذلک، و حینئذ یکون النزاع مع ابن إدریس فیما یفهم منه عرفا، فإن کان کما ذکره الشیخ وافقه ابن إدریس علیه، و إن کان العکس انعکس الحال، و قد سمعت من ابن إدریس أن مبنی منع الشیخ الخبر الذی أورده لا- الفهم من عباره العاقد، و بالجمله إن کلمات هؤلاء- المتأخرین فی غایه التشویش، لا یمکن الجمع بین تعلیلهم المزبور و قولهم أن الأجره للساکن إذا أذن المالک و قولهم بإرث حق السکنی فیما إذا کان الغایه عمر المالک، و بین قولهم أنه ملک علی وجه خاص.

نعم یتم ذلک بناء علی أن هذه الخصوصیه شرعیه علی نحو خصوصیه الموقوف علیه ملک العین الموقوفه، و خصوصیه ملک أم الولد، و غیر ذلک مما ثبت من الشرع، و یبقی المطالبه فی دلیل هذه الخصوصیه، و لیس فیما نجد إلا الخبران المزبوران.

و لکن یشکل الخروج بهما عن مقتضی القواعد، مع عدم استدلال أحد من الأصحاب بهما علی ذلک، اللهم إلا أن یقال، بکفایه عمل المشهور علی ما یوافقهما و لا ریب فی أنه أحوط.

و إذا حبس فرسه مثلا- فی سبیل الله تعالی شأنه أو غلامه فی خدمه البیت أو المسجد لزم ذلک. و لم یجز تغییره ما دامت العین باقیه بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به الحلی و غیره، قال فی المحکی من نوادر قضاء سرائره: «إذا کان الحبس علی مواضع قرب العبادات مثل الکعبه و المشاهد و المساجد، فلا یعاد إلی الأملاک، و لا تنفذ فیه المواریث، لأنه بحبسه علی هذه المواضع، خرج عن ملکه عند أصحابنا بلا خلاف، مضافا إلی ما تقدم من النصوص فی الصدقه(۱)المتضمنه لعدم جواز الرجوع فی کل ما یعطی لله تعالی شأنه، بل صریح ما سمعته من الحلی نفی الخلاف فی الخروج عن الملک، فضلا عن اللزوم،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوقوف.

لكن فى المسالك ظاهر العباره أنه لا يخرج عن ملك المالك، حيث حكم بلزومه، و عدم جواز تغييره ما دامت العين باقيه».

و فيه منع الظهور المزبور، و لعل السيره قديما و حديثا فى فرش المساجد و المشاهد المشرفه بناء على أنه على ذلك، بل لعل قصد الحابس ذلك أيضا، بل ربما كان ثوب الكعبه الذى قد تضمنت النصوص بجواز أخذ القطع منه انتهاء عمره للتبرك من أيدى الخدمه منه أيضا.

بل قد يقال: ان مقتضى السيره الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان فلا يحتاج صحته بل و لا لزومه إلى لفظ، فضلا عن أن يكون عقدا محتاجا إلى القبول من الناظر، أو الحاكم، لكن عن التحرير و اللمعه و صيغ العقود و المسالك و

الروضه و التنقيح و التذكره التصريح بكون الحبس عقدا بل قيل: أنه ظاهر الباقين، و يمكن إرادتهم غير المفروض، إذ قد عرفت فتوى المشهور فى الوقف، بعدم الاحتياج إلى القبول، فضلا عن الحبس، و إن كان قد سمعت المناقشه فيه منا، و أما القبض فعن التذكره، و اللمعه و المسالك و الروضه اعتباره فى الحبس.

لكن قد سمعت سابقا فى الوقف و فى الصدقه أن أقصى ما تقتضيه الأدله اعتباره فى اللزوم، دون الصحه، فضلا عنه، فإنه لا دليل على اعتباره فيه، اللهم الا أن يستفاد من فحوى ما دل عليه فى الوقف المنقطع، و مما دل عليه فى الصدقه فيما كان منهما متمما بعدم القول بالفصل.

نعم الظاهر عدم اعتبار نيه القربه فى صحته، لما عرفته سابقا فى الوقف، و فى السكنى من أصاله عدم الاشتراط و غيرها، خلافا للمحكى عن المقنعه، و النهايه و الوسيله و التحرير و جامع المقاصد و التذكره، ثم إن الظاهر أنه كالوقف بالنسبه إلى الموقوف و الموقوف عليه كما عن المقنعه و النهايه و المهذب و الوسيله و جامع الشرائع و التحرير و غيره من كتب المتأخرين، بل لعل حكمهم فى الوقف المنقطع الآخر بأنه حبس ظاهر أو صريح فى ذلك، و ربما كان هذا هو السبب فى عدم استقصائهم الكلام فى عقده، و شرطه و مورده، و المحبوس عليه، و نحو ذلك.

بل لعل النصوص أيضا كذلك، فإنا لم نعثر فيه إلا على

صحيح ابن أذينه(۱)قال:

«كنت شاهدا لابن أبى ليلى فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقت وقتا فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبى ليلى، و حضر قرابته التى جعل لها غله الدار فقال ابن أبى ليلى أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له: محمد بن مسلم الثقفى أما إن على بن أبى طالب (عليه السلام) قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: و علمك؟ فقال سمعت أبا جعفر محمد بن على (عليه السلام) يقول قضى: على بن أبى طالب (عليه السلام) برد الحبس و إنفاذ المواريث، فقال ابن أبى ليلى: هذا عندك فى كتاب؟ قال: نعم قال: فأرسل إليه و ائتنى به، فقال محمد بن مسلم: على أن لا تنظر فى الكتاب إلا فى ذلك الحديث، فقال: لك ذلك، فأحضر الكتاب فأراه الحديث عن أبى جعفر (عليه السلام)، فرد قضيته».

و خبر عبد الرحمن الجعفى (۲)قال: «كنت اختلف إلى ابن أبى ليلى فى مواريث لنا ليقسمها و كان فيها حبيس، فكان يدافعنى فلما طال شكوته إلى أبى عبد الله (عليه السلام) فقال: أو ما علم أن رسول الله أمر برد الحبيس و إنفاذ المواريث، قال: فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل، فقلت إنى شكوتك إلى جعفر بن محمد (عليه السلام) فقال لى كيت و كيت قال: فحلفنى ابن أبى ليلى أنه قد قال ذلك؟ فحلفت له، فقضى لى بذلك.»

والمكاتبه عن ابن معبد «قال: كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم سنه ثلاث و ثلاثين و مائتين يسأله عن رجل مات و خلف امرأه و بنين و بنات و خلف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حر من بعد عشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثه بيع هذا الغلام، و هم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلنى الله فداك؟ فكتب (عليه السلام) لا يبيعوه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم»

بناء على إراده الحبس من الوقف فيه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ۲.

و كذا

خبر محمد بن مسلم (۱)«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: هى لها على النحو الذى قال»

وخبر يعقوب بن شعيب (۲)عن أبى عبد الله «قال:

سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره فتأبق الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت».

و على كل حال فمما سمعت يظهر الوجه فيما ذكره المصنف و غيره بقوله أما لو حبس شيئا على رجل مثلا و لم يعين وقتا، ثم مات الحابس كان ميراثا كما دل عليه الخبران الأولان بل لا

أجد فيه خلافا، بل الإجماع بقسميه عليه، و كذا لو عين مده و لو عمر أحد هما و انقضت كان ميراثا لورثه الحابس بلا خلاف، و لا إشكال فى ذلك، و لا فى لزومه إليها، لعموم «أَوْفُوا(۳)» و

«المؤمنون»

و خبر محمد بن مسلم (۴)و سابقه، بناء على أنهما من الحبس و لا ينافيه إطلاق الخبرين المزبورين المحمولين على الحبس المطلق، خصوصا و فى سؤال أحدهما ذلك، على أن التعارض بينهما و بين ما ذكرنا من وجه، و لا ريب فى أن الترجيح لذلك، و لو لفتوى الأصحاب.

إنما الكلام فى لزوم الأول إلى موت الحابس، و جوازه ففى القواعد إن لم يعين كان له الرجوع متى شاء، و مال إليه بعض من تأخر عنه، و لعله لكونه حينئذ كالسكنى المطلقه، بناء على أن جوازها للقاعده باعتبار عدم اقتضاء عقدها إلا الطبيعه التى تتحقق بالمسمى.

و فيه أن ذلك لما سمعته من النص، و إلا فمقتضى العقد اللزوم، و صيروره السكنى مطلقا ملكا له، إذ ليست هى إلا شيئا متحدا، و التعدد إنما يكون فى استيفائها، و قد ملكت بالعقد، إلا أن النص المزبور كشف عن أن الحكم فيها شرعا ذلك، فلا يقاس عليها الحبس خصوصا بعد ظهور الفرق بينهما، بعدم انسياق احتمال إراده ذلك فيه، بل مقتضى عقده حث

صول الحبس فى المحبوس الذى يحتاج إلى دليل شرعى فى فكه، و الوقف ليس من مقوماته.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب السكنى الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب السكنى الحديث ۲.

۳- ۳ سوره المائده الآیه- ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب السکنی الحدیث ۱- ۲.

و من هنا ذهب و هم ابن أبی لیلی إلی لزومه، و عدم تغییره بموت الحابس، و لو لا قول رسول الله (صلی الله علیه و آله) و قضاء علی (علیه السلام) «برد الحبیس و إنفاذ المواریث» لکان متجها، بل قد یدعی ظهور الخبرین المزبورین فی لزومه إلی موت الحابس، بل لعله مقتضی التدبر فی عباره اللمعه أیضا.

و ربما یشهد لما ذکرنا حکمهم بلزوم الوقف المنقطع الآخر إلی موت الموقوف علیهم، فیرجع إلی ورثه الواقف حینئذ، و ما هو إلا لاقتضاء عقد الوقف ملک الموقوف علیه المنفعه المقتضی دوامه، و لو بالاستصحاب بل مقتضاه صیروره المنفعه إرثا، إلا أن النصوص السابقه صرحت برجوعه إلی الورثه.

و منه یعلم قوه ما تقدم منا من کون الوقف المنقطع قسما من الوقف مشروع فی نفسه، لا أنه حبس کما ذکروه، و إلا لاقتضی بطلانه بموت الحابس، نحو ما سمعته هنا فی الحبس المطلق، لا موت المحبوس علیه، بل و کان جائزا علی ما ذهب إلیه الفاضل، و من تبعه مع أنه لا خلاف عندهم فی لزوم الوقف المنقطع إلی موت الموقوف علیه، اللهم إلا أن یحمل کلامهم هناک علی ما إذا علم إراده الوقف ما دام الموقوف علیه حیا فلا ینافیه حینئذ ما ذکروه فی الحبس المطلق، إذ هو بناء علی کلامهم من الحبس المعلق علی مده.

إلا أنه کما تری، ضروره اکتفائهم فی انقطاع الوقف بنحو قول الواقف «وقفته علی زید» من دون ذکر شی ء آخر هذا.

و ربما کان ظاهر المحکی عن التنقیح و إیضاح المنافع کون الحبس المطلق کالوقف المنقطع فی العود إلی المالک بموت المحبوس علیه، لا الحابس، إلا أنه خلاف المشهور و خلاف ما دل علیه الخبران المزبوران.

و علی کل حال ربما یؤید ما ذکرناه إطلاقهم اللزوم فی المحبوس علی القرب من غیر تقیید ذلک بما إذا أقرنه بمده عمر المحبوس، بل ظاهرهم الإکتفاء بلزومه بمجرد الحبس علی الأماکن المخصوصه، اللهم إلاـ أن یدعی ظهور ذلک فی إراده الدوام، و فیه منع.

و دعوى- خروج ذلک عن الفرض من حيث نيه القربه فيه- يدفعها أنه لا تقتضى إلا اللزوم فى مقتضى العقد، إن دائما فدائما و إن مقيدا فمقيدا، فلو حبسه مثلا فى سبيل الله تعالى سنه لم يلزم فى غيرها، بل الظاهر عدم خروجها عن المالک بذلک و إن قلنا به فى المطلق، لعدم السيره فيه، فيبقى حينئذ على حکم غيره من أفراد الحبس إذ لا خلاف فى بقائه على ملک مالکه، و بذلک کله بان لک أکثر أحکام الحبس، و إن أشکلت على بعض الناس، لعدم استيفاء الأصحاب لها، إلا أنک قد عرفت إيکالهم جمله منها إلى الوقف و السکنى و أختيها و الله هو العالم.

[كتاب الهبات]

اشاره

كتاب الهبات التى جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها، و إلا فهى حقيقه واحـده، كالبيع و نحوه، و لذا عبر الأكثر بها موحده، و كيف كان ف النظر فيها فى الحقيقه و الحكم.

[النظر الأول فى حقيقه الهبه]

أما الأول فحقيقه الهبه: هى العقـد المقتضـى تمليك العين من غير عوض، و تمليكا منجزا مجردا عن القربه أو الأثر الحاصل منه، و لو بالمعطاه أو فعل الواهب، كما تقدم نظير ذلك، إذا الظاهر كون المسأله من واد واحد.

لكن فى الرياض هنا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على دعوى اعتبار العقد القولى كما يظهر من الكفايه، و صرح به فى المسالك.

و فيه: أن ما ذكر سـندا للمعاطاه فى غيرها من دعوى السيره القطعيه متحقق فى المقام، كتحقق صدق الهبه عليها بدون العقد، فلا محيص عن القول بمشـروعيتها هنـا بنـاء على مشـروعيتها هناك لـذلك، و حمل كلام المصـنف و نحوه على إراده بيان أنها من قسم العقود، لاـ الإيقاعـات، و إن تحققت بما يتضـمن معنى الإيجاب و القبول من الأفعال، أو على بيان القسم العقـدى منها، كما ستمع تتمه لذلك إن شاء الله.

و حينئـذ فالعقد بمنزله الجنس الشامل لسائر العقود الذى يخرج به الفعل الدال على ذلك، و المقتضـى له، كنثار العرس و حيازه المباح، و الموت المقتضـى للتمليك بالإرث و نحو ذلك، كما أنه خرج بقوله «تمليك العين» نحو العاريه و الإجاره و السكنى و الرقبى و العمرى،

و نحوها، مما تقتضی تملیک المنفعه، أو إباحتها، و بقوله «من غیر عوض» البیع و نحوه، و بقوله «منجزا» الوصیه بالأعیان، و بقوله «مجردا عن القربه» الصدقه بل و الوقف، بناء علی اعتبارها فیه، إلا أنک قد عرفت أن الأصح عدم شرطیتها فیه، فینتقض التعریف، اللهم إلا أن یقال إنه بناء علی اقتضائه نقل العین لیس بملک تام، و هو المنساق من لفظ التملیک.

نعم ینتقض بالهبه المعوضه، و لو بالقربه، و قد یدفع بأن المراد- من قوله «من غیر عوض و مجردا عن القربه»- عدم لزوم ذلک فیها، لا عدم اتفاق حصوله فیها، کما أن المراد من اقتضائه التملیک ما لا ینافی توقفه علی أمر آخر، کالقبض کما هو واضح.

و علی کل حال ف قد یعبر عنها بالنحله و العطیه و إن کانا هما أعم منها، ضروره صدقهما علی مطلق العطاء المتبرع به، الشامل للوقف و الصدقه و غیرهما، کما أن الهبه أعم من الصدقه و الهدیه بناء علی ما سمعته سابقا من التذکره و المسالک مفرعین علیه البر بهما فیما لو نذر الهبه، دون العکس مطلقا، و الحنث بهما فیما لو حلف أن لا یهب فتصدق أو أهدی، دون العکس، بتقدیر فعله فردا منها خارجا، و إن کان قد عرفت النظر فیه منا بالنسبه إلی الصدقه و الهبه، فلاحظ و تأمل.

و کیف کان ف هی بمعنی العقد تفتقر إلی الإیجاب و القبول و القبض بالنسبه إلی صحتها و ترتب الأثر علیها، فالإیجاب کل لفظ أو ما قام مقامه نحو إشاره الأخرس قصد به التملیک المذکور و کان صالحا للدلاله علیه، بحسب التجاور کقوله مثلا وهبتک و ملکتک أو نحوهما، من غیر فرق بین صیغه الماضی و غیره، فیکفی مثل قوله هذا لک قولا واحدا، کما فی الریاض و غیره، و هو مؤید لما قلناه سابقا من عدم اعتبار اللفظ المخصوص فی العقود اللازمه، فضلا عن الجائزه کما أوضحناه سابقا هذا.

و لکن فی المسالک بعد أن حکی عن ظاهر الأصحاب الاتفاق علی افتقار الهبه مطلقا إلی العقد القولی فی الجمله، قال: «فعلی هذا ما یقع بین الناس علی وجه الهدیه من غیر لفظ یدل

على إيجابها و قبولها لا- يفيد الملک، بل مجرد الإباحه، حتى لو كان جاريه لم يحل الاستمتاع بها، لأن الإباحه لا تدخل في الاستمتاع».

قال الشيخ في المبسوط: «و إن أراد الهديه و لزومها و انتقال الملک منه إلى المهدى إليه الغائب، فليوكل رسوله في عقد الهديه معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل المهدى إليه و أقبضه إياها لزوم العقد، و ملک المهدى إليه الهديه» و نحوه قال في الدروس، و جعل عدم اشتراط الإيجاب و القبول احتمالا.

و اختلف كلام الفاضل، ففي القواعد جزم باعتبار الإيجاب و القبول و القبض فيها و في محكى التحرير قرب في أول الباب استغنائها عن الإيجاب و القبول، عملا بالإذن المستفاده من العاده، و قال في آخر كلامه نحو ما في المبسوط، ثم قال: «و لو قيل: بعدم اشتراط القبول نطقا كان وجها، لقضاء العاده بقبول الهدايا من غير نطق».

و ظاهر المحكى عن التذكره عدم احتياجها إليهما، لأنه حكى عن قوم من العامه أنه لا حاجه في الهديه إلى ذلک، بل البعث من المهدى كالإيجاب، و القبض من المهدى إليه، كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) من كسرى و قيصر و سائر الملوک فيقبلها، و لا لفظ هناک، و استمر الحال من عهده إلى هذا الوقت من سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدى الصبيان الذين لا يعتد بعباراتهم- ثم قال- و منهم من اعتبرهما، كما في الهبه، و اعتذروا عما تقدم بأن ذلک إباحه لا- تمليک، و أجيب بأنه لو كان كذلک لما تصرفوا فيه تصرف الملاک، و معلوم أن النبى (صلى الله عليه و آله) كان يتصرف فيه و يملكه غيره، و يمكن الاكتفاء في هذا الأطعمه بالإرسال و الأخذ، جريا على العاده بين الناس- إلى أن قال:- و التحقيق مساواه غير الأطعمه لها، فإن الهديه قد تكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوک إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فإن ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا».

و في جامع المقاصد إنه قوى متين، و في المسالک هو حسن، لكن قال: «و مع ذلک يمكن أن يجعل ذلک كالمعاطاه يفيد الملک المتزلزل، و يبيح التصرف و الوطء، و لكن يجوز

الرجوع فيها قبله، عملا بالقواعد المختلفه، و هى أصاله عدم اللزوم مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به و ثبوت جواز التصرف فيها، بل وقوعه، و وقوع ما ينافى الإباحه و إعطاؤه الغير، فقد

«وقع ذلک النبی (صلى الله علیه و آله) فی ماریه القبطیه أم ولده(۱)، و قد کان یهدی إلیه الشی ء فیهدیه لزوجاته و غیرهن»(۲)

، «و أهدی إلیه حله فأهداها لعلی (علیه السلام) من غیر أن ینقل عنه قبول لفظی، و لا عن الرسل إیجاب کذلک مقارن له»

و هذا کله یدل على استفاده الملک فی الجمله، لا الإباحه، و لا ینافی جواز الرجوع بها ما دامت العین باقیه.

قلت: قد عرفت القول بمشروعیه المعاطاه فی الهبه و غیرها من العقود إلا ما خرج فضلا عن الهدیه، و أنها تفید مفاد العقد فی الملک،

لاندراجها فی الاسم و إن لم تکن عقدا، إلا أنهم اعتبروا فیها جمیع ما یعتبر فی العقد سوى اللفظ، و حینئذ یشکل فی الفرض دعوى کونها منها، ضروره عدم المقارنه بین الفعلین المنزلین منزله الإیجاب و القبول، المقصود بهما الإنشاد.

نعم بناء على التوسع بالنسبه إلى ذلک فی المعاطاه فیتجه کونها حینئذ منها، بل و کذا فی معاطاه کل عقد، أما على عدمه فلا محیص حینئذ عن دعوى مشروعیته قسما آخر من الهدایه مثلا مستقلا برأسه، خارجا عن العقد و المعاطاه، لمکان السیره القطعیه التی هی الأصل فی مشروعیه المعاطاه، فالفرض مثلها حینئذ، و لعله أومأ إلیه بقوله کالمعاطاه، بل ینبغی التزامه فی غیر المقام، حتى البیع و شبهه، بناء على اندراج هذا القسم و إن لم یکن معاطاه فی اسمه.

و أما إذا فرض مشروعیته بالسیره، و عدم اندراجه فی الاسم، فلا بد من القول باستقلاله بنفسه، و إن شابه معاطاه کل عقد فی المفاد، و لزومه و جوازه یتبع الأدله من استصحاب الملک و نحوه.

و إنما الکلام فی أصل مشروعیته، و ترتب الأثر علیه من الملک و غیره، فهو کذلک فی الهدیه و غیرها، و من الغریب ما فی ظاهر الریاض من عدم مشروعیه المعاطاه فی الهبه، لشبهه الاتفاق المزبور، و مشروعیتها فی خصوص الهدیه لما عرفت، و کأنه لم یسرح نظره فی أطراف المسأله،

۱- ۱ البحار ج ۲۲ ص ۱۹۳ المغنی لابن قدامه ج ۶ ص ۲۲۹ الى ۲۵۲.

۲- ۲ البحار ج ۲۲ ص ۱۹۳ المغنی لابن قدامه ج ۶ ص ۲۲۹ الى ۲۵۲.

بل اقتصر على بعض الكلمات الموهومه لذلک فی المقام، و فی غیره، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل حال ف لا یصح العقد أو ما یقوم مقامه الا من بالغ كامل العقل جائز التصرف على حسب ما مر غیر مره من تفصیل الحال فی ذلک كله بالنسبه إلى غیره من العقود فلاحظ.

و لو وهب ما فی الذمه، فإن كانت لغیر من علیه الحق لم یصح على الأشبه بأصاله عدم الانتقال و غیرها، و الأشهر بل المشهور لأنها مشروطه بالقبض و ما فی الذمه یمتنع قبضه، و دعوى- إمكانه- بقبض أحد جزئیاته- یدفعها أن الموهوب الماهیه، و هی غیر الجزئیات قطعا، و صحه بیعه مع معلومیه اشتراط صحته بالقدره على التسلیم، لمعلومیه الاكتفاء فیها بما تتحقق به المعاوضه و تحققها یكفی فیه القدره على تسلیم بعض أفراد الماهیه المعدود أحد العوضین، و یدخل فی ملک المشتری من غیر توقف على قبض، ثم یستحق المطالبه بالإقباض.

بخلاف المقام الذی لا شک فی مدخلیه الإقباض فی حصول الملک فیه، فلا بد أن یقبض الواهب الدین، ثم یقبضه المتهب، فامتنع نقله إلى ملک المتهب حین هو دین، و كذا بعد تعیین المدیون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملک، و بقبض الواهب یحدث الملک له، فیمتنع تقدم إنشاء الهبه علیه، إذ یكون هبته حینئذ جاریه مجرى هبه ما سیملكه ببیع و غیره، و ذلک غیر جائز قطعا، و إلا لصحه تملیک ما سیشتریه و یحتط به و یحتشیه، و من ثم لم یصح هبه موصوف فی الذمه، و صح بیعه.

و لكن قد یناقش فی ذلک كله بمعلومیه كون التحقیق فی محله أن وجود الكلی الطبیعی عین وجود أفراده، و بذلک جاز نقله بالبیع، المشروط بالقدره على التسلیم، و غیره من النواقل التی منها الهبه، و لا یقدح الفرق باستحقاق المبیع من دون القبض، بخلاف الهبه، لأنا لا نحكم بصحه الهبه حینئذ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعین خاصه إلا بعد قبضها، و هو ممكن بقبض بعض أفراد الماهیه الذی وجوده عین وجود الكلی.

و قبض الواهب له إنما يفيد تعيينا له من بين الأفراد، لا أنه يحدث ملكا جديدا، بل التأمل الصادق يقتضى عدم الفرق بين المقام، و بين هبه المشاع الذى هو كلى أيضا فلو وهبه كذلك، ثم عينه الواهب و دفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال فى صحته، لعموم الأدله فكذلك المقام.

هذا كله مع إراده قبض الشخصى فيه، أما إذا وهبه كليا، لأنه مال مملوك له متحقق، و لذا جاز جريان غير الهبه عليه من النواقل، ثم أراد إقباضه على كليته بأن إذن للموهوب بقبضه على وجه التقابض بينه و بين من عليه الدين، إذا فرض كون الموهوب مديونا لمن عليه الذين بقدره، و لا قائل بالفرق- فلا إشكال فيه حينئذ. كل ذلك مضافا إلى ما يشعر به

صحيح صفوان (۱)«سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذى له عليه، فقال له: ليس عليك فيه شى ء فى الدنيا و الآخره، يطيب ذلك له؟ و قد كان وهبه لولد له؟ قال نعم وهبه له ثم نزعه فجعله لهذا»

- من صحه هبته، و إنما جاز له نزعه منه لعدم حصول القبض و إطلاق لفظ النزع باعتبار إيجاد عقد الهبه الذى هو جزء السبب الملك.

و من ذلك يظهر لك أن حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه و رميه بالندور أو تأويله بإراده المجاز من إطلاق الهبه، بمعنى العزم عليها و نحو ذلك، كما أنه ظهر لك منه قوه القول بالصحه، كما عن المبسوط و السرائر و المختلف و غيرها، و فى المسالك أنه متجه، بل عن المبسوط أنه الذى يقتضيه مذهبنا، و لعله لذا ترك الترجيح فى محكى التذكره و الإيضاح و الدروس.

هذا كله فى هبه الدين لغير من هو عليه و إن كانت له صح بلا خلاف أجده فيه، بل فى بعض كتب مشايخنا ظاهر هم الاتفاق عليه و لعله ل

صحيح معاويه بن عمار(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له، إله أن يرجع فيها؟

قال: لا».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۱.

و لا ینافیه

صحیحه الآخر(۱)عنه أیضا «رجل کانت علیه دراهم لإنسان فوهبها له ثم رجع فیها ثم وهبها له ثم هلک قال: هی الذی وهب له»

إذ الرجوع بعد الهبه إنما کان فی کلام السائل مضافا إلی عموم الأدله التی لا ینافیها ما دل علی اعتبار القبض فی الهبه، إذ الموهوب هنا مقبوض للموهوب له، باعتبار کونه فی ذمته، فهو حینئذ کهبه ما فی یده بل أقوی.

و لذا لم یجز الرجوع فیها ضروره اقتضاء صحتها سقوط المال عن ذمته لعدم تعقل ملک الإنسان علی نفسه شیئا نحو غیرها من أسباب النقل کبیع الدین علی من هو علیه، و غیره، فیکون ذلک بمنزله تلف المال الموهوب الذی هو ملزم للهبه.

و من هنا قال المصنف صرفت إلی الإبراء علی معنی اتحادها معه فی المفاد لا أن المراد بلفظ الهبه الإبراء، فإن ذلک خارج عن المقام الذی هو هبه ما فی الذمه، و من المعلوم أنها من أسباب التملیک کالبیع و نحوه لا الإسقاط و لکنها تفید مفاد الإبراء بالطریق الذی عرفت.

و من هنا کان المتجه اعتبار القبول فیها و إن قلنا إنه لا یشترط الإبراء القبول علی الأصح وفاقا للأکثر بل المشهور، و خلافا للمحکی عن الغنیه و السرائر بل و المبسوط و إن کنا لم نتحققه، بل المحکی عنه التصریح

بکون الأقوی عدم الاشتراط، و إن کان الاشتراط قویا أیضا کالراوندی فی فقه القرآن.

و علی کل حال فالمذهب الأول، لصدق الاسم بدونه، و لأنه إسقاط، و لذا عبر عنه بالعفو فی قوله تعالی (۲)«إِلَّا أَنْ یَعْفُونَ» إلی آخره و للنصوص المتکثره(۳)فی إبراء المدیون حیا مع عدم حضوره و میتا، و لغیر ذلک.

لکن المقام من العقود التی لا بد فیها من القبول، و إن کان هی بعد تمامها تفید مفاد الإبراء، کالصلح و بیع الدین علی من هو علیه، و بذلک ظهور لک حقیقه الحال علی وجه لا یخفی علیک التشویش فی جمله من کلماتهم التی بعضها ظاهر فی کون البحث فی التعبیر عن الإبراء

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۲.

۲- ۲ سوره البقره الآیه ۲۳۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب الدین.

بلفظ الهبه و من المعلوم خروج ذلک عما نحن فیه، إذ هو بحث آخر، مبنی علی عدم اشتراط لفظ مخصوص فی الإبراء بل یکفی کل ما دل علیه من حقیقه أو مجاز، و بعضها ظاهر فی أنه من الهبه، و لکن هذا القسم من الهبه لا یحتاج إلی القبول، لأنها کالإبراء و هو لا یحتاج إلیه.

و فیه أن ظاهر النص و الفتوی کون الهبه قسما واحدا، و أنها من قسم العقود و ثالث جعلها من قسم الإبراء، و بنی مسأله القبول

علی احتیاج الإبراء إلیه و عدمه، و قد عرفت تحقیق الحال فی ذلک.

و لا- حکم للهبه من ملک و غیره ما لم یقبض الموهوب علی ما هو المعروف من مذهب الأصحاب کما فی جامع المقاصد، و علیه المتأخرون إلا- الفاضل فی المختلف و الشهید فی الدروس، و الأ-کثرون من علمائنا فی محکی السرائر، و المشهور فی محکی إیضاح النافع، بل عن التذکره بعد ان حکی القول بان القبض شرط فی اللزوم، لا الصحه عن ظاهر الشیخین.

و جماعه قال: «لا یحصل الملک بدونه عند علمائنا أجمع» و الإیضاح: علیه إجماع الإمامیه، و نص الأئمه، و نهج الحق: ذهبت إلیه الإمامیه، بل لعله مقتضی التدبیر فی المحکی عن الخلاف، و إن قال فیه لا تلزم إلا بالقبض مستدلا علیه بإجماع الفرقه و أخبارهم، إلا أن الظاهر إراده الصحه من اللزوم فیه.

بل فی الدروس لعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحه فإن فی کلامهم اشعارا به، فإن الشیخ قال: لا یحصل الملک إلا بالقبض و لیس کاشفا عن حصوله بالعقد مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبه فیرتفع الخلاف، و نظر فیه المسالک بأن العلامه فی المختلف نقل القولین، و احتج لهما ثم اختار الثانی، فکیف یحمل علی الآخر.

نعم کلام الشیخ الذی نقله متناقض، و لیس حجه علی الباقین، فإن الخلاف متحقق، ثم قال: و فی التذکره اتفق ما هو أعجب مما فی الدروس فإنه قال: الهبه و الهدیه و الصدقه لا یملکها المتهب و المهدی إلیه و المتصدق علیه بنفس الإیجاب و القبول إذا کان عینا إلا بالقبض، و بدونه لا یحصل الملک عند علمائنا أجمع، و هذا ظاهر فی دعوی الإجماع علی أن القبض شرط

فی الصحه إجماعا، و هو یؤید ما فی الدروس، و ینافی ما فی المختلف و یمکن أن یحمل علی أنه لا یحصل بدونه الملک التام، و هو اللازم فیکون أعم من الصحه و عدمها لئلا ینافی فتواه فی المختلف، و نقله الخلاف، و إن کان خلاف الظاهر.

قلت: الظاهر أن مراده فی المختلف من الصحه الحاصله بدون القبض صحه العقد من حیث کونه عقدا لا صحته بمعنی ترتب الملک علیه فیکون المراد عدم مدخلیه القبض فی مفهوم الهبه باعتبار أنها عطیه، و هی کذلک بل تصدق الهبه، و تتحقق بالعقد، و إن توقف الملک مع ذلک علی القبض کما یشهد لذلک جوابه عن مرسل أبان- بعد أن ذکره دلیلا للمخالف- بانا نقول بموجبه بأن الهبه بنفسها لا تنقل الملک بل مع القبض.

نعم العقد صحیح لکنه لیس لازما، و هو ظاهر فیما قلناه إن لم یکن صریحا و کأنه أراد بقوله لیس لازما الرد علی ما حکاه عن الشیخ و ابن البراج بعد مسائل من أنه إذا مات الواهب قبل الإقباض لا تبطل الهبه، و قام الوارث مقامه کالبیع فی مده الخیار لأنه بعد أن حکی عنهما ذلک قال: و الأقرب البطلان لنا أنها عقد جائز قبل القبض فانفسخ بالموت کالوکاله و الشرکه، و خبر داود بن الحصین الآتی.

قلت: و به یظهر ما فی المسالک و غیرها من جعل ذلک من ثمرات الخلاف فتأمل ثم قال:

و الفرق ظاهر بینه و بین بیع الخیار لأنه نوع معاوضه بخلاف الهبه خصوصا و الشیخ رحمه الله ذکر خلافا فی المبسوط إن الملک هل یحصل من حین القبض أن من حین العقد، و یکون القبض کاشفا، و اختار الأول و جعله الصحیح عنده، و هو الذی سمعت من الدروس و حکایته عن الشیخ مستظهرا منه إراده الصحه من اللزوم فیها، و ربما یؤیده أیضا ما عن الخلاف و المبسوط من التصریح بأنه إذا قبض بغیر إذن الواهب کان القبض فاسدا بناء علی أن ذلک من لوازم کون القبض شرطا فی الصحه لا اللزوم، کما عن فخر الإسلام و أبی العباس الاعتراف به بل زاد الثانی منهما البطلان لو مات أحدهما قبل القبض بل عن المبسوط إنه فرع علی ما اختار من حصول الملک بالقبض فساده بدون الإذن هذا، و لکن المحکی عنه فی الخلاف و المبسوط إنه قال: إذا وهب لغیره عبدا و لم یقبضه حتی هل شوال ثم قبضه فالفطره علی الموهوب له لأن الهبه تنعقد

بالإيجاب و القبول و ليس من شرط انعقادها القبض و سنبين ذلك في باب الهبه، و إذا ثبت ذلك ثبت هذه لأن أحدا لم يفرق بينهما و في أصحابنا من يقول القبض شرط في صحه الهبه و على هذا لا- فطره، و تلزم الفطره- الواهب، و هو كالصريح في حصول الملك الموجب للفطره بالهبه قبل القبض، اللهم إلا أن يدعى أن عنوان وجوب الفطره «الموهوب» و إن لم، يكن ملكا، إلا- أنه كما ترى، و التزام اختلاف كلام الشيخ لبعد المسافه بينهما أولى و على كل حال فكلام القائلين بكونه شرطا للزوم غير منقح، و خصوصا بعد ما ستعرفه من الإجماع على جواز الهبه بعد القبض أيضا إلا في مواضع خاصه، و حمل كلام القائل عليها- بمعنى أنه لا- جهه للزوم قبله- بخلاف ما بعده فإنه قد يلزم- واضح الفساد، بل الظاهر أن اللزوم في المواضع المخصوصه، لخصوصها، لا- للقبض الذى هو كما أنه حاصل فيها حاصل في غيرها، و لو كان سببا في اللزوم لاقتضاه في الجميع كما هو واضح، اللهم إلا أن يقال كما ستعرف فيما يأتي أن المراد بجواز الرجوع بالهبه مالا ينافي اللزوم، باعتبار عدم كونه فسخا لعقد الهبه، و إنما هو ناقل للملك من المتهب، و حينئذ يكون العقد لازما بالقبض، بمعنى عدم جواز فسخه، و إن جاز الرجوع بالهبه، بخلاف ما قبل القبض، فإن له فسخ العقد، و عليه ينطبق حينئذ ما في بعض النصوص من أن له الخيار ما لم يقبض، فإنه لا خيار له في نفس العقد بعد القبض و لكنه أيضا مناف لظاهر ما سمعته منهم من كون الرجوع بالهبه بعد القبض فسخا لعقدها لا ناقلا مستقلا، و إن ذهب إليه بعض الشافعيه فلا- حظ و تأمل، و حينئذ تتم المنافاه المزبوره، بل هو أيضا مناف للإجماع إن لم يكن المحصل على مدخليه القبض في الهبه مطلقا في الجمله، و على التقدير المزبور ليس للقبض حينئذ في أكثر أفراد الهبه مدخليه لا في صحه و لا في لزوم.

و بذلك كله يظهر ضعف القول المزبور، بل لم أتحقق قائلا به على الوجه المحرر عند المتأخرين الذى ذكروا له الثمرات، و إن نسب إلى جماعه كظاهر الشيخين و بنى حمزه و البراج و إدريس و لم يحضرنا كلام بعضهم، و لعله كغيره مما حضرنا لا صراحه فيه أو غير منقح.

كل ذلك مضافا إلى دلاله النصوص على المشهور أيضا ك

خبر أبى بصير(۱)المنجبر بما عرفت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات- ۷.

عن أبی عبد الله (علیه السلام) «الهبه لا تکون أبدا هبه حتی یقبضها و الصدقه جائزه علیه»

فإن نفی الصحه أقرب من غیره إلی نفی الماهیه، و

موثق داود(۱)«الهبه و النحله ما لم تقبض حتی یموت صاحبها قال: هو میراث، فإن کانت لصبی فی حجره أو أشهد علیه فهو جائز»

فإن الظاهر منه بقاؤها علی الملکیه و لذا کان میراثا، لا أنه کان عقدا جائزا انفسخ

بالموت و صار میراثا، کما التزم به الفاضل فی المختلف فإنه و إن کان محتملا إلا أنه مخالف للظاهر، و لا داعی له لما ستعرف من عدم المعارض المقتضی لارتکاب خلاف الظاهر.

و بذلک یظهر وجه الدلاله أیضا

فی مرسل أبان (۲)عن الصادق (علیه السلام) أیضا «النحله و الهبه ما لم تقبض حتی یموت صاحبها، قال: هی بمنزله المیراث»

إذ هو کالسابق، و ان اختلف معه بلفظ المنزله المراد منه من جهه تعلق عقد الهبه المفید للتهیؤ و إن لم یکن ناقلا.

کل ذلک مضافا إلی فحوی ما تقدم فی الصدقه التی لا فرق بینها و بین الهبه إلا باشتراط قصد القربه و عدمه، کما أومأت إلیه النصوص سابقا، و إلی عدم دلیل صالح لمعارضه ما سمعت سوی العمومات التی یجب الخروج عنها ببعض ما عرفت فضلا عن جمیعه مضافا إلی المناقشه فی نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» منها و إن کان فیها ما فیها.

و سوی

صحیح أبی بصیر(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، و النحل لا تجوز حتی تقبض و إنما أراد الناس ذلک فاخطأوا»

الذی لیس بواضح الدلاله.

ضروره کون المظنون مساواه المراد به ل

خبره الآخر(۴)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن صدقه ما لم یقسم و لم یقبض فقال: جائزه إنما أراد الناس النحل فأخطأوا»

بل عن بعضهم احتمال اتحاده معه، و التعبیر بالهبه من الراوی أو النساخ، و قد فسر فی الوافی خبر الصدقه بأنهم أرادوا الفتوی بالمنع من ذلک فی النحل فأخطأوا، فمنعوا منه فی الصدقات، و ذلک لأنهم أطلقوا الصدقه و أرادوا به النحله.

١- ١ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات- ۵.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات- ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات- الحديث- ۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ٢.

و على كل حال يكون الموضوع فيهما حينئذ هبه ما لم يقبض للواهب و لم يقسم كذلك و هو غير ما نحن فيه مضافا إلى ما فى التنقيح- من أنه لا دلاله فى الروايه على المدعى، و إنما هى حكايه قول الناس و خطأهم فيه و تبين فيها الحق- و إلى ما فيها من مخالفه الإجماع من الفرق بين الهبه و النحله و إلى احتمال كون المراد فى الصدر بيان حكم هبه ما لم يكن مقبوضا للواهب من أملاكه كميراث لم يصل إلى يده أو قبل أن يقسمه، و فى ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب، و التعبير بالنحله، لا للفرق بينها و بين الهبه، بل تفننا فى التعبير و إلى غير ذلك مما يقطع ببعضه بسقوط دلالته على المطلوب فضلا عن جميعه.

و من ذلك يعلم الكلام فى دعوى دلاله

خبر عبد الرحمن بن سيابه[1]عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبه قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهى جائزه».

ضروره إمكان إراده الواهب من الصاحب لا الموهوب، بل ربما احتمل فيه و فى غيره إراده اللزوم من الجواز كما فى كثير من النصوص فيكون حينئذ خارجا مخرج التقيه، و إن كان هو بعيدا فى مثل الخبر الأول الذى ذكر التعريض بهم و فيه، و إراده أصل المشروعيه بمعنى عدم وقوع عقد الهبه باطلا بحيث لو جاءه القبض بعد ذلك لم يصح و غير ذلك فلا محيص حينئذ عن القول باعتبار القبض الصحه على وجه لا يترتب عليه ملك قبلها إلا على احتمال الكشف الذى هو قوى فى نفسه، و قد قررناه فى نظائره غير مره إلا ان الإجماع بحسب الظاهر هنا على خلافه.

و أما الاستدلال بما فى بعض النصوص [2]من الخيار فى الرجوع و عدمه قبل القبض لا بعده فلا خيار، ففيه مؤوله عند الفريقين بإراده الكراهه و نحوها للاتفاق على الجواز بعد القبض من الجميع.

و لو أقر الواهب بالهبه و الإقباض، حكم عليه بإقراره

لعموم «إقرار العقلاء»

و لو كانت فى يد الواهب لعدم المنافاه بعد جواز إقباضه إياها ثم ردها إليه إلا مع العلم بكذبه و لو أنكر بعد ذلك لم يقبل بلا إشكال و لا خلاف بل ليس له

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۶ و ۸.

اليمين على الموهوب، لأن الغرض ثبوت الهبه و الإقباض شرعا.

نعم لو ادعى المواطاه على الإقرار، و أن مخبره لم يكن واقعا توجه له اليمين عليه على حصول القبض كما فى الدروس و المسالك و محكى المبسوط و المهذب، أو على عدم المواطاه كما فى محكى الحواشى المنسوبه إلى الشهيد و جامع المقاصد، و الأقوى الأول لأنه هو المقصود فى الدعوى و المواطاه إنما ذكرت لبيان دعوى العلم بفساد ما وقع مع الإقرار الذى هو أماره فى الظاهر، و مثلا الإقرار بالبيع، و قبض الثمن ثم أنكر و ادعى المواطاه أو الاقتراض و ادعاها.

و لو مات الواهب أو الموهوب بعد العقد بل و الاذن و قيل القبض كانت ميراثا على المشهور بل فى محكى التذكره نسبته إلى علمائنا لعدم اجتماع شرائط الصحه، و تلفيق السبب من الوارث و المالك لم يثبت مشروعيته بعد انسياق العمومات و الإطلاقات إلى خلافه.

و من هنا كان الحكم عاما فى جميع شرائط الصحه مضافا إلى ما سمعته من الخبرين السابقين المحكوم فيهما بكونها ميراثا إلا أنه مع ذلك كله حكى عن الشيخ و ابن البراج القول بعدم بطلانها بموت الواهب و أنه يقوم مقامه كالبيع فى مده الخيار من حيث إن الهبه عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ و هو كأنه اجتهاد فى مقابله النص، بل و القواعد.

و لذا جزم الفاضل بكونها ميراثا مع قوله بعدم كون القبض من شروط الصحه على أن المحكى عن الشيخ رحمه الله فى هبه ذى الرحم إذا مات قبل قبضها كان ميراثا كما أن المحكى عنه ما سمعته من أن الملك يحصل بالقبض، و ليس هو كاشفا عن حصوله بالعقد، فكلامه لا يخلو من تهافت كما أومأنا إليه سابقا، و لا فرق فى الحكم المزبور بين الاذن قبله و عدمها لبطلانه، بالموت، و هو واضح كوضوح الحكم فيما لو أرسل هديه إلى انسان فمات المهدى أو المهدى إليه قبل وصولها، إذ هو من المفروض فى الحقيقه فليس للرسول حينئذ دفعها إليه و لا إلى وارثه للبطلان بالموت، و الله العالم.

و يشترط فى صحه القبض الذى هو شرط فى صحه الهبه على ما عرفت اذن الواهب كما فى غيره مما اعترف فيه القبض بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى أنه مقتضى أصل عدم ترتب الأثر، و أصل عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به فى تناوله مثله بل لعل ما دل على شرطيته ظاهر فى خلافه بناء على قراءاته يقبضها من باب الافعال أو التفعيل كما هو واضح.

و حينئذ فلو قبض الموهوب لو من غير إذنه لم ينتقل إلى الموهوب له لعدم حصول الشرط إلا مع الإجازه بناء على جريانها فى مثله، و لا- فرق فى ذلك عندنا بين المجلس و غيره، و دعوى ظهور العقد فى الاذن بذلك فى المجلس دون غيره- كما عن بعض العامه، بل أبى حنيفه منهم- واضحه الفساد مع فرض عدم القرينه.

نعم قد يتوجه عدم اعتبار الاذن على القول بتحقق الملك قبله لقاعده «تسلط الناس على أموالها» و إن كان لا يترتب عليه لزوم فى حق الواهب فى موضوعه كهبه الرحم و نحوها لبعض ما سمعته من الأدله على القول الأول مع احتماله هذا.

و ربما استفيد من إطلاق اعتبار الاذن عدم اشتراط كونه بنيه الهبه فلو إذن فيه مطلقا صح، بل فى الرياض أنه الأشهر، و عليه عامه من تأخر، و فى الكفايه أنه المشهور لكن قد عرفت الكلام فيه فى الوقف لم نتحقق ما ذكراه من الشهره بل صرح الفاضل فى القواعد هنا باعتبار إيقاع القبض للهبه.

و فى المسالك هنا بعد ان حكى عن بعض الأصحاب اعتبار ذلك لصلاحيه مطلق القبض لها و لغيرها فلا بد من مائز، و هو القصد قال تبعا لجامع المقاصد، و هو حسن حيث يصرح بكون القبض لا- لها، لعدم تحقق القبض المعتبر فيها، أما لو أطلق فالاكتفاء به أجود لصدق اسم القبض و صلاحيته للهبه، و دلاله القرائن عليه، بخلاف ما لو صرح بالصارف».

و لا- يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم كون البحث فى الحكم الظاهرى إنما الكلام فى أصل تحقق الشرط بالقبض الخالى فى الواقع عن قصد كونه للهبه، سواء كان بقصد غيرها أولا، و لا معنى لصرف مثل ذلك إليها بعد فرض تشخصه فى الخارج، و دعوى- تحقق الشرطيه

بـذلک دون المقصود به غیر الهبه- واضـحه المنع، و لا ریب فی أن الأصل عـدم ترتب الأثر بعـد فرض عدم إطلاق یوثق به فی تناول مثله لتحقق الشرط المعلوم اشتراطه و یقبل قول کل من الواهب و المتهب فی تشخیص القصد، فلو خالفه الآخر قدم بیمینه، لأنه أعلم بقصده، هذا کله فی هبه غیر المقبوض للموهوب له.

و أما لو وهب ما هو فی ید الموهوب له صح، و لم یفتقر إلی إذن الواهب فی القبض، و لا أن یمضی زمان یمکن فیه القبض بلا خلاف أجده بین من تأخر عن المصنف و لا إشکال.

نعم ربمـا صار الی ذلک بعض من تقـدمه من الأصـحاب کالشـیخ رحمه الله و یحیی بن سـعید فاعتبرا الاذن فی القبض، و لو من إقراره له و مضـی زمان یمکن فیه القبض، قال أولهما فی المحکی عن مبسوطه: إذا وهب له شـیئا فی یـده مثل أن یکون فی یده ودیعه فیهبهـا له نظر، فـإن أذن له فی القبض و مضـی بعـد ذلک زمان یمکن القبض فیه لزوم العقـد، و إن لم یأذن له فی القبض فهل یلزم القبض بمضی الزمان الذی یمکن فیه القبض أو لا بد من الاذن فی القبض، و الأقوی أنه لا یفتقر الی الاذن فی القبض، لأن إقرار یده علیه بعد العقد دلیل علی رضاه بالقبض.

و ثانیهما فی المحکی عن جامعه إذا أذن له فی قبضه و مضی زمان یمکن فیه القبض صحت الهبه، و فیه منع تناول دلیل الشرطیه لمثل الفرض فیبقی أصاله اسـتقلال العقد بتسبیب الملک بحاله، و إلا لوجب إرجاعه ثم قبضه جدیدا، لتحقق صدق القبض للهبه حینئذ حقیقه، فإن استدامه القبض و لو مع الاذن و مضی الزمان لیست قبضا حقیقه، و لو سلم فیکفی الاذن و لا یحتاج إلی مضی زمان قطعا، و وجهه فی المسالک بأن إقرار یـده علیه بعـد العقـد دلیل علی رضاه بالقبض، فیکون ذلک کتجدیـد الإقباض فیعتبر مضـی زمـان یمکن فیه القبض، کمـا لو لم یکن مقبوضا بیـده فأقبضه إیاه فإنه یعتبر مضـی زمان یکون فیه القبض، فکـذا هنا، ثم أجاب عنه بما حاصـله أن إیجاب العقـد و إقرار یـده علی العین بعـده دلیل علی رضاه بقبضه لها و لیس هو إقباضا بل هو متحقق قبله، و إنما هو علامه و أماره علی رضاه بالقبض السابق، و ینزله منزله الإقباض.

و فيه ما لا يخفى عليك بعـد الإحاطه بما ذكرناه من عدم الدليل على الشـرطيه فى الفرض و على تقديره فالمتجه عوده ثم قبضه، و لو سلم كفايه الاذن فى الاستدامه فى تحقق مسماه، فيمكن منع دلاله الإيجاب و الإقرار على مقتضى القبض السابق على ذلك، و إلاـ لاـتجه كلاـم أبى حنيفه المتقـدم سابقـا، على أنه لا يتم فما لو فرض خلو الواهب عن ذلك المشـمول لإطلاق المصـنف و غيره.

و من هنـا ناقش فى الرياض فى أصل الـدليل بعـد أن حكاه عنهم: «بأن دعوى حصول القبض المشترط أول البحث» لعـدم عموم يـدل على كفـايه مطلقه لاـ من إجماع و لا من غيره للخلاف، و ظهور النصوص المشترطه له بحكم التبادر فى القبض بعـد العقد فاللازم فى غيره الرجوع إلى حكم الأصل الـدال على عـدم الصـحه، أو اللزوم إلى أن يتحقق القبض المتيقن إيجابه لهما، و ليس إلا المجمع عليه و هو القبض الخاص به، أو المأذون فيه ثانيا للهبه، و لعله لذا اعتبر بعض الأصحاب ما أسقطه الأكثر، و هو أظهر، إن لم يكن إجماع المتأخرين على خلافه انعقد، إلى أن قال: و يحتمل قويا المصـير إلى مختار الأكثر لما مر فى الوقف و سـيأتى فى هذا البحث من الاكتفاء بقبض الولى الواهب مع سبقه على العقد، للنصوص الداله عليه، المعلله بعضها له بحصول القبض، من دون أن يـذكر فيهـا مـا مر من القيود، و هـذا التعليـل جـار فى المفروض و العله المنصوصه يتعـدى إلى غير المورد كما تقرر فى الأصول».

و إن كان فيه مواضع للنظر لمن أحرز ما قـدمناه فى الوقف و فى المقام، و ما يأتى، و قـد تقـدم نظير هذه المسأله فى الرهن و فى الوقف فلاحظ و تأمل كى تعرف الحال فى القبض الغصبى أيضا الذى قد صرح هنا غير واحد بعدم الفرق بينه و بين غيره، بل لم أجـد فيه خلافـا إلاـ مـا عسـاه يظهر من ثـانى الشـهيدين فى الروضه من المسـيل إلى الفرق بينه و بين غيره، و باعتبـار أنه لا يـدل للغاصب عليه شـرعا، بل ظاهره أنه قول البعض، و إن كنا لم نتحققه، بل لا وجه معتـد به له بناء على حصول الاذن من العقـد فيه، إذ لا فرق فى اقتضائها تغيير الاسـتدامه عن الابتـداء بين الجميع كما أن الوجه عـدم الفرق أيضا على ما ذكرناه و هو واضـح و الله العالم.

و كـذا الحال لو وهب الأب أو الجـد للولـد الصـغير و لو أنثى ما هو فى يـده لزم بالعقد بلا خلاف أجده فيه لنحو ما سـمعته فيما تقدم و لذيل

موثق داود(۱)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۲.

المتقدم ((فإن كانت لصبی فی حجره و أشهد علیه فهو جائز))

مضافا إلی فحوی ما تقدم فی الوقف من

قوله (۱)«و إن كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم».

و التعليل

فی الصحيح الآخر(۲)«لأن والده هو الذی يلی أمره»

و فی خبر علی بن جعفر (عليه السلام)(۳)«إذا كان أب يتصدق علی ولد صغير فإنها جائزه، لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا»

و غير ذلك، إنما الكلام فی اعتبار قصد القبض عن الطفل بعد الهبه ليتمحض القبض بها و عدمه.

فی المسالك تبعا لغيره ينبغی ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبه كالعلامه لأن المال المقبوض فی يد الوالی له، فلا ينصرف إلی الطفل إلا بصارف، و هو القصد، و علی ما اخترناه من الاكتفاء بعده القبض لغيره هنا، و ينصرف الإطلاق إلی قبض الهبه، و يلزم ذلك.

قلت: قد عرفت تحقيق الحال هنا و فی باب الوقف و أنه بناء علی الشرطيه فی الفرض و كفايه القصد فی الاستدامه فی تحقق مسماه لا بد من حصوله، و إلا يكن قبضا، و مع الإطلاق لا ينصرف اليه قطعا إذا الفرض خلوه فی الواقع خصوصا فی قبض الولی الذی كان قبضا لنفسه.

علی أنه مع فرض عدم التجديد يكون ناويا للخلاف، ضروره لحوق الاستدامه بالابتداء ما لم يجدد لها قصدا يفصلها عن الابتداء، و النصوص السابقه إن لم تكن ظاهره فيما ذكرناه من تجديد القصد المزبور، فهی مبنيه علی سقوط الشرط فی الفرض نحو ما ذكرناه فی المسأله السابقه، و ربما كان قول المصنف، «و كذا» إشاره إلی ذلك، و لا ينافيه التعليل بقوله لأن قبض الولی قبض عنه الذی يمكن إراده بيان الوجه فی سقوط الشرط بذلك منه.

و علی كل حال فالمراد من المتن و غيره ممن أطلق ما قيدنا به العباره من كون الموهوب فی يده، أما لو فرض خروجه عنها كميراث لم يصل إليه، أو مبيع لم يقبضه فلا ريب فی افتقار صحه هبه إلی قبض.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۵.

نعم فی المسالک و غیرها عـدم خروج الودیعه عن الیـد لأن ید المسـتودع کیده و فی العاریه وجهان أجودهما خروجها عن یده فیفتقر إلی قبض جدید من الولی أو من یوکله فیه، و لو وکل المستعیر فیه کفی.

لکن لاـ یخفی مـا فی الفرق بین الودیعه و العـاریه، سواء کان ذلک من حیث کونهما کـذلک أو من حیث أفرادهما، کما أنه لا یخفی علیک ما فی دعوی عـدم الخروج بالاستیـداع مطلقا عن الید، ضـروره عدم صدق کونه فی یده، و تحت قبضـته فی جمله من أفراد الودیعه و إن حکی عن الإیضـاح الإجماع علیه فی الودیعه، و أنها کالمال فی یـد الوکیل، فإن تم کان هو الحجه، و إلا کان مشکلا.

و فی القواعـد، و لـو کـان مغصوبـا أو مســتأجرا أو مسـتعارا علی اشـکال، افتقر الی القبض بخلاـف مـا فی یـد وکیلـه، و الظـاهر اختصاص الإشکال فی العاریه، کما عن الإیضاح التصریح بذلک، مدعیا الإجماع علی الافتقار فی الأولین، و جعل وجه الإشکال فیها من عدم کونها بحق لازم فکانت کقبض الوکیل، و من أنه إنما قبضه لنفسه فکانت الید له لا للمعیر فکان کالمستأجر.

و فیه: أنه لا مدخلیه للأول فی صدق القبض و إلا لکان المغصوب مقبوضا أیضا کما عن الشهید الإشکال فیه أیضا لذلک حاکیا له عن بعض النسـخ المقروءه علی المصـنف إلا أنه کما تری مناف للصـدق العرفی الذی علیه المدار، حتی فی مثل الإجاره التی یمکن حصولها مع فرض کون العین فی یـد المؤجر، و حینئـذ لا ینافی القبض المزبور الذی هو فی کل شـی ء بحسـبه بمقتضـی العرف فتأمل جیدا.

و خرج بقوله «الصـغیر» الکبیر الـذی لاـ ولاـیه لهمـا علیه فی مثـل ذلـک ذکرا کـان أو أنثی، و إن بقیت ولایتهما علی الأنثی فی النکـاح عنـد بعض، لـدعوی الـدلیل علیه بـالخصوص لا مطلقا، فإن الرشـیده إذا تصـرفت بمالها ببیع و هبه لم یتوقف علی الولی اتفاقا

لعموم «الناس مسلطون»

و غیره لکن عن الإسـکافی إلحاق الإناث و إن رشدن بالصـغار فی کون قبض الأب قبضا لهم، و لا ریب فی ضـعفه، إلا أن ینزل علی الوکاله و الاذن فی ذلک کما هو واضح.

و لو وهبه غير الأب و الجد لم يكن له بد من القبض عنه سواء كان له ولايه أو لم تكن، و يستولى ذلك الولى أو الحاكم بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك، إذا كان الواهب غير الولى، ضروره كونه حينئذ أجنبيا، فلا يكون قبضه حينئذ عن الطفل قبضا إنما الكلام فى قول المصنف (سواء) إلى آخره فإن مقتضاه كون الوصى أجنبيا أيضا، فلا يقوم قبضه عنه، من غير فرق بين كونه هو الواهب أو غيره، كما عن المبسوط التصريح بذلك و لم نعرفه لغير هما صريحا، محتجا بأنه لا يصح له أن يبيع له شيئا من نفسه، و لا أن يشترى منه كذلك فينصب الحاكم أمينا يقبل منه هبه الصبى و يقبضها له.

و فيه: أن ولايه الوصى عامه كالأب و الجد بالنسبه إلى ذلك، بل ولايته فى الحقيقه من ولايتهما، بل لعل التعليل المزبور فى الخبر المتقدم سابقا يقتضى ذلك بل قد يشكل ولايه الحاكم الذى هو ولى له فى الفرض المزبور الذى وصى أحد الأبوين فيه موجود، و دعوى ولايته فى خصوص هذا التصرف كما ترى، بل التزام عدم جواز هذا التصرف حينئذ أولى.

و أولى منه ما اخترناه من عموم ولايته، بل هى ولايه الأبوين فى الحقيقه، كما أن عموم ولايه الحاكم التى هى من ولايه اولى الحقيقى أولى، فمن الغريب موافقه المصنف هنا لما سمعته عن الشيخ الممنوع أصلا و تفريعا، و لو حمل كلام المصنف على أن ذلك منه بناء على التردد فى مسأله اتحاد الموجب و القابل بالنسبه إلى غير الأب و الجد كما سمعته منه فى الوقف- ففيه أن الذى استظهره بعد التردد هناك الاكتفاء بقبض الوصى، فكان المناسب هنا ذكر الحكم كذلك هذا.

و فى المسالك «قول المصنف: و يتولى» إلى آخره يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولى، و أما إذا كان وليا كالوصى فلا يفرض فيه إلا تولى الحاكم، لأن الوصى لا يتحقق مع وجود الأب و الجد له كما سيأتى، فلم يبق إلا الحاكم، و فى معنى الحاكم منصوبه لذلك مطلقا.

قلت: و أما لو كان الواهب الحاكم، و الفرض عدم ولى غيره، فلا بد من التزام قبض حاكم آخر عنه، و قد عرفت التحقيق الخالى عن مثل هذه الالتزامات و الله العالم.

و هبه المشاع جائزه عندنا بل عن الغنيه و نهج الحق الإجماع عليه، بل فی جامع المقاصد لا خلاف بین أصحابنا فی صحه هبه کلما صح بیعه من الأعیان سواء کان مشاعا أو مقسوما من الشریک و غیره، و عن التذکره تصح هبه المشاع کما یصح بیعه علی الحد الذی یجوز بیعه عند علمائنا أجمع، و هو الحجه مضافا إلی العمومات، و فحوی ما دل علیه من النصوص الکثیره التی یمکن دعوی تواترها فی الصدقه.

و خصوص

موثق أحمد بن عمر(۱)الحلبی «سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصیبه من الدار، قال: یجوز قلت: أ رأیت إن کان هبه؟ قال یجوز».

و صحیح أبی بصیر(۲)المتقدم سابقا، بل قد یستفاد من المروی فی طرق العامه فضلا عن الخاصه

کالنبوی (۳)«زن و أرجح»

بناء علی أن الراجح هبه مشاع، و

قوله (علیه السلام) لوفد هوازن لما جاء و أ یطلبون منه أن یرد علیهم ما غنمه منهم (۴): «ما کان لی و لبنی عبد المطلب فهو لکم»

و لکن مع ذلک کله و المحکی عن أبی حنیفه أن هبه المشاع الذی یمکن قسمته لا تجوز لغیر الشریک و الذی لا تمکن قسمته لا تجوز هبته مطلقا، و عن مالک المنع من هبه المنقسم بین اثنین مستندین إلی أن وجوب القسمه یمنع من صحه القبض و تمامه و هو کما تری تهجس و استحسان یندفع بوجوب تسلیمه أجمع ثم أنه یقسم.

و کیف ما کان ف قبضه فهو کقبضه فی البیع ضروره اتحاد معناه عرفا فیهما و فی غیر هما فیجری فیه حینئذ القولان، و هما الاکتفاء بالتخلیه مطلقا کما هو المختار، و التفصیل بها فی غیر المنقول و بالنقل و ما فی معناه فیه بلا خلاف أجده فیه إلا ما یحکی عن القاضی منا و بعض الشافعیه من غیرنا من الفرق بینهما: بأن القبض فی البیع مستحق، و للمشتری المطالبه، فجاز أن یجعل بالتمکین قابضا، بخلاف الهبه فإن القبض غیر مستحق فاعتبر تحققه، و لم یکتف بمطلق التخلیه فی المنقول و ان کتفینا بها فی البیع، و لیس بشی ء بعد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الوقوف الحدیث- ۲.

۳- ۳ المستدرک ج ۲ ص ۴۶۴ جامع الصغیر ج ۲ ص ۲۸ الطبع أحمد حنفی.

۴- ۴ البحار ج ۲۱ ص ۱۸۵ من الطبعه الحدیثه الآخوندی.

ما عرفت من اتحاد مفهومه لغه و عرفا، و ما ذكره إنما يقتضى الفرق فى حكمه لا فى حقيقته، ثم إن الظاهر تحقق التخليه من دون إذن الشريك لعدم توقف مفهومها على التصرف فيه، و لو قبضه فى يده، إذ هى على ما حققنا كون الشى ء تحت يده، و فى سلطانه على نحو المالك الذى لا- إشكال فى كون ماله مقبوضا له بمعنى كونه فى قبضه، و إن كان له شريك فيه، فمتى خلى بينه و بين الموهوب على هذا الوجه تحقق القبض.

و إن كان صريح جماعه و ظاهر آخرين عدم اعتبار إذن الشريك فى القبض بالمعنى المزبور خلافا فى الدروس فاعتبر إذن الشريك أيضا فيها، و وجه بأن المراد بها رفع يد المالك و تسليط القابض على العين، و ذلك لا يتحقق إلا بالتصرف فى مال الشريك فيعتبر إذنه و رفع المانع عن حصه خاصه مع الإشاعه لا- يحصل به التسلط المقصود من القبض، و قبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقه، و من ثم لو كانت العين مغصوبه بيد متسلط لم تكف التخليه من المالك.

و تسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم.

و هو كما ترى و إن استحسنه فى المسالك، إذ التسلط لا يتوقف على الدخول فى الدار و نحوها، و فرق واضح بين الفرض و بين الغصب الرافع للتسلط العرفى، و هو المانع عن صدق كون المال تحت قبضته و سلطانه.

و بذلك كله ظهر لك أنه حينئذ لا- بحث على المختار من تحقق القبض بالتخليه مطلقا، أما على التفصيل فيتحقق فى المنقول بتسليم الموهوب الجميع حينئذ كما إذا كان الباقى من الحصه للواهب أو لغيره و قد أذن، فإن امتنع و كله الموهوب له على القبض عنه، فإن امتنع مثلا رفع الأمر إلى الحاكم ليقبضه بنفسه أو نائبه.

و عن الفاضل فى المختلف الإكتفاء بالتخليه مع امتناع الشريك لعدم القدره الشرعيه منزله عدمها الحسيه فى غير المنقول، و فيه منع عدم القدره الشرعيه مع وجود الحاكم المنصوب لأمثال ذلك، أما مع عدمه ففى الدروس و المسالك لا بأس به دفعا للضرر و العسر.

و فيه: أن المتجه حينئذ مع فرض عدم قيام غيره من عدول المؤمنين مقامه بقاء الهبه موقوفه ضروره عدم تغير معنى القبض بذلك، و الفرض اشتراطها به كما هو واضح.

ثم إنه قد صرح غير واحد بعدم وقوع القبض إذا كان من دون إذن الشريك حيث يعتبر- لا للنهى الذى لا يقتضى الفساد فى المعامله على ما حرر فى محله- بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراد للشارع، فإذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا، فيختل ركن العقد، و قد عرفت أنه قبض واحد لا يقبل التفرقه فى الحكم بجعل المقبوض للموهوب معتبرا و النهى عن الحق الغير الخارج عن حقيقه الموهوب.

إلا أنه كما ترى لا يرجع إلى مستند صالح بعد فرض كون النهى لأمر خارج لا يترتب عليه فساد، و معلوميه كون القبض شرطا فى صحه العقد، و عدم اعتبار ما كان بغير إذن الواهب لظهور الأدله فى اعتبار الإقباض المعتبر فى تحققه الاذن كما أومأنا إليه سابقا.

كل ذلك مع أن الفاضل و ولده و الشهيدين و غيرهم على ما حكى عنهم قد صرحوا فى كتاب الرهن بصحه قبض المشاع من دون اذن الشريك، و ترتب أثر الراهنه عليه، و إن تعدى به معللين له بأن النهى إنما هو لحق الشريك لا للاذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا، و كونه قبضا واحدا لا ينافى الحكم بالوقوع لاختلاف الجهه، و مثله آت فى المقام إذا لا فرق بينهما بعد فرض كون القبض شرطا فى الصحه فيهما.

و من ذلك يعلم الحال أيضا فى هبه المرهون و إقباضه بدون إذن المرتهن و ان استشكل فيه فى القواعد، بل عن الإيضاح و غيره عدم الصحه لما سمعته من التعليل المزبور الذى عرفت ما فيه.

نعم قد يقال: بعدم الحكم بحصول الملک فعلا حتى يقع الفک له، و إلا انكشف فساد الهبه، و لعله المراد من قوله فى القواعد فإن سوغناه لم يحصل الملک، فإن فک صحت الهبه أو يقال بحصول الملک له بذلک، و لكن حق الرهانه على تعلقها، و لا يمنع ذلک من التسلط على بيعه و إن انتقل إلى غير الواهب إذ هو كانتقاله إلى الوارث مثلا.

نعم تبقى الصحه مراعاه لو وهبه المرهون و لم يقبضه، فإن بيع ظهر البطلان، و إن انفک فللراهن الخيار فى الإقباض و عدمه بعد ما ستعرف من عدم اشتراط فوريه القبض.

و من ذلک يعلم أيضا الكلام فى هبه المستأجر و لغير المستأجر، ضروره اتحاد المدرک فى الجميع، و قد تقدم فى كتاب الرهن ماله نفع تام فى أمثال هذه المباحث كما أنه تقدم فى كتاب

البیع فی بحث اشتراط القدره علی التسلیم ما یستفاده منه صحه الهبه لغیر المقدور علی تسلیمها حال الهبه إذا اتفق الإقباض بعد ذلک.

فما عن المبسوط و التحریر و التذکره من اشتراط صحه هبه المغصوب لغیر الغاصب بالقدره علی الانتزاع بل عن الأخیر التصریح بفسادها، و فساد هبه الآبق و الضال لامتناع الإقباض کما تری لا دلیل علیه فیما کان إقباضه ممکنا، و إن کان غیر مقدور الآن فیصح حینئذ، و یتم بالإقباض کما أوضحنا فی البیع الذی فرق واضح بینه و بین المقام من حیث المعاوضه و عدمها.

نعم هی نحوه إذا کان فیها عوض، و یکون المدار علی ما یعد سفها فی أنظار العقلاء.

و لو وهب لاثنین شیئا مثلا فقبلا و قبضا، و ملک کل واحد منهما ما وهب له و لو مشاعا لوجود المقتضی من العمومات و ارتفاع المانع فإن قبل أحد هما و قبض، و امتنع الآخر، صحت الهبه للقابض منهما لاجتماع شرائط صحتها فیه دون الآخر، و لیس ذا من تبعیض العقد، فإنه باعتبار تعدد القابل کان بمنزله عقدین کما لو اشتریا دفعه، فإن لکل منهما حکم نفسه فی الخیار و نحوه کما فی المسالک و غیرها.

قلت: و علیه یجوز للواهب الرجوع بهبه أحدهما دون الآخر، و کذا الحال فیما لو تعدد الواهب، و اتحد القابل.

نعم لو تعدد المال الموهوب قد یشکل جواز الرجوع بأحد هما دون الآخر، بناء علی أن رجوعه فسخ للعقد، لاقتضائه التبعیض فی العقد الواحد، و لیس کالواقع من أصله مبعضا نحو أن یهب ماله و مال غیره، أو ما تصح هبته و ما لا تصح هبته.

و کان الوجه فی ذلک معلومیه عدم اعتبار الوحده فی متعلق العقد، بل هی کغیرها فی اقتضائه، بخلاف تعدد القبول أو الإیجاب، فإنه فی قوه التعدد، و إلا لاقتضی مشروعیه عقد واحد متعدد إیجابه، و یتحد قبوله، و بالعکس و هو غیر معهود، بل المعهود خلافه، من أن العقد هو الإیجاب و القبول فلا بد حینئذ من جعل إیجاب، و لو تنزیلا مقابلا للقبول مع فرض تعدده، و بالعکس، و ربما کان العرف یشهد لذلک أیضا، و مع الإغضاء عن ذلک

کله و جعل التعدد فی الإیجاب و القبول کالتعدد فی المتعلق بالنسبه إلی إطلاق مصداق العقد اتجه حینئذ الواحده فی الفرض و نظائره، و أشکل الفسخ حینئذ فی بعض دون آخر فتأمل جیدا و الله العالم.

و یجوز تفضیل بعض الولد علی بعض فی العطیه بلا خلاف معتد به أجده فیه بل الإجماع بقسیمه علیه، بل یمکن دعوی تواتر النصوص به أو القطع به منها مضافا إلی أصول المذهب و قواعده، فما عساه یظهر من المحکی عن ابن الجنید من حرمه ذلک و تعدیته إلی باقی الأقارب مع التساوی فی القرب فی غایه الضعف، بل مسبوق بالإجماع و ملحوق به.

و یمکن أن یرید به الکراهه، فإنه و إن قلنا بالجواز لکنه علی کراهیه کما هو المشهور، بل فی محکی التذکره نفی الخلاف فیه، و لعله کذلک و لا ینافیه إطلاق نفی البأس عن ذلک فی محکی المقنعه المحتمل إراده بیان الجواز بل مقتضی إطلاق الفتاوی و مقعد نفی الخلاف عدم الفرق فی ذلک بین حالی الصحه و المرض، و العسر و الیسر، خلافا لما عن المختلف من قصرها علی حال المرض أو الإعسار، و عن بعض نسخه «علیهما».

و فی محکی النهایه و یکره فی حال المرض إذا کان الواهب معسرا، و إن کان موسرا لم یکن به بأس، و لعله لإطلاق النصوص فی الجواز، و أنه قد فعل ذلک الأئمه علیهم السلام علی کثرتها حتی عقد لها فی الوسائل بابا(۱)، و لیس فی شی ء منها إشاره إلی کراهه، سوی

خبر أبی بصیر(۲) عن الصادق (علیه السلام) «و قد سأله عن الرجل یخص بعض ولده بالعطیه قال: إن کان موسرا فنعم، و إن کان معسرا فلا».

وموثق سماعه(۳)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن عطیه الوالد لولده فقال: إذا کان صحیحا فهو ماله یصنع به ما شاء، فاما فی مرضه فلا یصلح».

وخبر جراح المدائنی(۴)قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) «عن عطیه الوالد لولده یبینه قال: إذا أعطاه فی صحته جاز»

مع أن الأخیرین لیسا فی التفضیل، بل و إن کان الولد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الهبات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۴.

واحدا، و محتملان إراده بیان عدم مضی ذلک من الأصل إذا کان فی مرض الموت فلم یبق إلا خبر أبی بصیر.

لکن لما کان الحکم الکراهه التی یتسامح فیها، و یکفی فیها بعض ما سمعت، مضافا إلی

النبوی العامی (۱)«إنه قال: لبشیر أبی النعمان لما نحل ابنه النعمان غلاما، أ کل ولدک نحلتهم مثل هذا؟ فقال لا، فقال: اردده» فی روایه و فی أخری «أرجعه»، و فی ثالثه «اتقوا الله و اعدلوا بین أولادکم» و فی رابعه «لا تشهدنی علی جور»

و إلی ما فی ذلک من مثار و الشحناء و البغضاء و الحسد وجب حمله علی شده الکراهه الواضح وجهها باقتضاء ذلک حرمان الوارث أو النقض المضر به خصوصا بعد إمکان حمل ما فی نصوصهم (علیهم السلام) من وقع التفصیل منهم علی المزیه فی الفضل، أو النقض فی المفضل علیه بناء علی زوال الکراهه بذلک کما فی محکی التحریر و الحواشی و الروضه و جامع المقاصد، و نفی عنه البأس فی المسالک.

و علی کل حال فالأمر سهل بعد أن کان الحکم من السنن و الله العالم.

و إذا قبضت الهبه بالإذن فإن کانت للأبوین لم یکن للواهب الرجوع إجماعا محکیا مستفیضا أو متواترا و محصلا، و خلاف المرتضی فیهما و فی الأولاد و غیرهما من الأرحام منقرض و لذا لم

یعتدوا بخلافه، و أن نسبه إلی إجماع الإمامیه و کذا لا یرجع ان کان الموهوب ذا رحم غیرهما و لکن فیه خلاف حتی فی الولد فی الجمله و إن حکی الإجماع علیه فی محکی کشف الرموز و المختلف و المهذب البارع و غایه المرام و الدروس فی الصغار، و المختلف فی هبه الأب ولده، و ظاهر الوسیله و التذکره.

و فی المسالک الظاهر أن الاتفاق حاصل فیه، و عن التنقیح، و ظاهر جامع المقاصد أنه لا خلاف فیه، بل عن الآبی إنی سألت المصنف عن الإخلال بذکر الأولاد مع أن الإجماع حاصل منهم أیضا فقال کان زیغا من القلم، لکن عن موضوع من المبسوط یصح الرجوع ان وهب أولاده الکبار دون الصغار و به جمع بین الاخبار فی المحکی من موضع من التهذیب و الاستبصار.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۷۶.

اللهم إلا أن یحمل ما فی المبسوط علی ما قبل القبض، و ما فی کتابی الاخبار علی أنه احتمال للجمع لا مذهب.

و علی کل حال فالحکم فی المقامین واحـد، بل التذکره لا فرق بین الولد و ولد الولد و إن نزل الذکور و الإناث عند علمائنا، لا صلاه اللزوم، و إطلاق ما دل من النصوص علی عـدم جواز الرجوع فی الهبه بعـد القبض المقتصـر فی تقییـدها علی غیر المقام و خصوص ما مر من النصوص فی الأولاد الصغار هنا و فی الصدقه و غیر ذلک.

و أما باقی الأرحام فالمشـهور نقلا و تحصیلا أنهم کذلک أیضا، بل فی الریاض علیه عامه من تأخر، بل قیل قد یظهر من التحریر الإجماع علیه، بل عن الغنیه دعواه صریحا و هو الحجه بعد ما سمعت، و بعد.

صحیح ابن مسلم (۱)عن أبی جعفر (علیه السـلام) «الهبه و النحله یرجع فیهمـا صاحبهـا إن شاء حیزت أو لم تحز إلا لـذی رحم، فإنه لا یرجع فیها».

وصحیح ابن مسلم (۲)بن أبی عبد الله و عبد الله بن سلیمان «قالا سألنا أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یهب الهبه أ یرجع فیها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبه لذوی القرابه و الذی یثاب عن هبته و یرجع فی غیر ذلک».

خلافا للمحکی عن أبی علی و موضع من السـرائر، و ما سمعته من علم لهدی فجوز الرجوع فیها، و فی محکی الخلاف إذا وهب لأـجنبی أو لقریب غیر الولـد فإن الهبه تلزم بالقبض و له الرجوع، و ادعی علیه فی الأول إجماع الفرقه و أخبارهم، و به جمع بین الاخبار فی المحکی عن تهذیبه و کأنه أراد

موثق داود(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام)، «و أما الهبه و النحله فإنه یرجع فیها حازها أو لم یحزها و إن کانت لذی قرابه»

و مثله صـحیح المعلی بن خنیس و مرسـل ابان، لکن لا یخفی علیک أن مقتضـی قواعـد الفقه طرحها فی مقابله ما عرفت، لعـدم المکافاه من وجوه أو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الهبات- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الهبات- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الهبات- ۲- ۱- ۳.

تأویلها بجعل قوله (علیه السلام) «و إن» إلی آخره قیدا لقوله (أو لم یحز) علی معنی جواز الرجوع بها قبل القبض، و إن کانت لذی قربی، أو غیر ذلک.

و من الغریب ما فی الکفایه من حمل تلک النصوص علی الکراهه، و أغرب من ذلک حملها علیها مع قطع النظر عن هذه النصوص لمعارضتها إطلاق ما دل علی جواز الرجوع قال: «لأنه أولی من التقیید و یشهد له هذه الاخبار الثلاثه» و هو کما تری لا یستأهل ردا و الله الهادی لنا و له.

و المراد بالرحم فی هذا الباب و فی الصله و غیرهما مطلق القریب المعروف بالنسب و إن بعدت لحمته و جاز نکاحه، و فی المسالک «أنه موضع نص و وفاق» مضافا إلی آیه(۱)«أُولُوا الْأَرْحامِ» و الصدق العرفی و غیر ذلک، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن یحرم نکاحه شاذ محجوج بما عرفت و الله العالم.

و إن کان الموهوب أجنبیا فله أی الواهب الرجوع ما دامت العین باقیه، فإن تلفت فلا رجوع بلا خلاف معتد به فی شی ء من ذلک، بل عن الغنیه و السرائر و کشف الرموز و التذکره و ظاهر التنقیح الإجماع علیه، بل لم یحک الخلاف فیه إلا من المرتضی فجوز الرجوع علی کل حال و لعله لا یقول به فی الفرض الذی هو تلف العین، و خروجها عن قابلیه الرجوع بها، و

الرجوع إلی ضمان قیمتها لا دلیل علیه و مناف لأصل البراءه و غیرها.

و

فی صحیح جمیل و الحلبی أو حسنهما(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «إذا کانت الهبه قائمه بعینها فله ان یرجع فیها، و إلا فلیس له»

مضافا إلی إطلاق ما دل علی جواز الرجوع بها من المعتبره المستفیضه المقتصر فی الخروج منها علی المتیقن.

نعم الظاهر ما هو صریح بعض بل عن المهذب البارع الإجماع علیه، عدم الفرق فی ذلک بین کون التلف من الله تعالی شأنه أو من غیره و لو المتهب بل فی المسالک و عن جامع المقاصد

۱- ۱ سوره الأنفال الآیه- ۷۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۱.

و الكفايه عدم الفرق بين تلف الكل أو البعض و إن كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبه بعينها كتلف الظفر و نحوه، و لعلهم لا- يريدونه، كما يشهد له التعليل فى المسالك لما ذكره بان العين مع تلف جزء منها لا تعد قائمه بعينها بل لعلهم لا يريدون أيضا تلف بعض الموهوب المتعدد كعبدين و نحوهما، اللهم إلا أن يقال: إنه و إن تعدد فهو هبه واحده، و المدار على قيامها.

و فيه ان الأصل جواز الرجوع، و الفرض محل شك- فيبقى على مقتضاه اقتصارا فى الخارج منه على المتيقن و الله العالم.

و كذا لا رجوع بها إن عوض عنها و لو كان العوض يسيرا بلا خلاف أجده فيه حتى من المرتضى بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر مضافا إلى

صحيح عبد الله بن سنان (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا عوض صاحب الهبه فليس له أن يرجع».

و صحيح عبد الرحمن و عبد الله بن سليمان (۲)المتقدم سابقا، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوى عدم الفرق فى العوض بين أن يكون فى نفس العقد أو بعده بأن أطلق فى العقد ثم بذل العوض بعد ذلك.

نعم صرح جماعه باعتبار بذله على أنه عوض، و قبول الواهب له على ذلك، إذ هو حينئذ هبه جديده، و لا يجب عليه قبولها، و لا- بأس به اقتصارا فى الخروج عن أصل الجواز على المتيقن، و منه يعلم المناقشه فيما فى القواعد و بعض من تأخر عنها، من الاكتفاء بها و لو كان من بعضها، بل المتبادر من المعاوضه هو كون أحد العوضين غير الآخر، و الا لزم صدق المعاوضه بدفعها جميعها إليه، و من المعلوم كون مثله ردا لا معاوضه، كما هو واضح.

و هل تلزم الهبه بالتصرف فى الموهوب غير المتلف لعينه؟ قيل: و القائل الشيخ و

القاضى و أبو الصلاح و صاحب الرائع و ابن حمزه فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۱.

الواسطه و ابنا إدريس و سعيد و الآبى و الفاضل و ولده و الشهيدان و المقداد نعم تلزم بذلك بل هو المشهور نقلا و تحصيلا، بل عن الخلاف نسبه ذلك فى قصر الثوب- فضلا عن غيره من التصرف- إلى إجماع الفرقه و اخبارهم.

و فى محكى المبسوط نسبته إلى روايه أصحابنا، و أنه الذى يقتضيه مذهبنا، و عن السرائر و كشف الرموز الإجماع عليه، و هو الحجه مضافا إلى أصاله اللزوم و خصوص إطلاق ما دل عليه فى الهبه بالقبض، و إن خرج عنه ما خرج.

و صحيح الحلبى (۱)المشترط جواز الرجوع ببقاء الهبه بعينها قائمه بناء على انتفاء ذلك بمطلق التصرف و إلى منافاه الرجوع القواعد فى خصوص التصرف الناقل للملك خصوصا إذا كان على وجه اللزوم، فإن التسلط على فسخه مناف لما دل على لزومه، و إلزام المتهب بالقيمه مناف لقاعده البراءه و الضرر و غيرها، بل دليل الرجوع لا يقتضى إلا العين و كذا الكلام فى التصرف المانع من الرد بالخيار فضلا عن المقام.

و لكن مع ذلك كله قيل لا تلزم بالتصرف و هو الأشبه عند المصنف خاصه و ان حكى عن المفيد

و أبى الصلاح و ابنى حمزه و زهره لكن فى المقنعه الأول و كذا إذا أحدث فيها حدثا لم يكن له سبيل إلى الرجوع، و فى محكى الكافى للثانى فى الهديه التى هى من الهبه و له الرجوع فيها ما لم يتصرف من أهديت إليه و عن الواسطه للثالث موافقه المشهور، بل فى كشف الرموز أنه حكى المشهور عن الشيخين و أتباعهما، و ابن البراج و صاحب الرائع، و صاحب الواسطه.

نعم ربما كان ظاهرا المحكى عن المراسم و الغنيه، و لأنه قال فى الأول: «إن هبه الأجنبى على ضربين هبه ما يستهلك، و هبه غيره، فما كان مما يستهلك كالمواكيل و استهلك فلا رجوع، و ما لم يكن من ذلك فعلى ضربين، معوض عنه و غير معوض عنه فما عوض عنه لا يجوز الرجوع فيه، و ما لم يعوض يجوز الرجوع فيه».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۱.

و فی الثانی قد جعل الضرب الذی لا- یجوز الرجوع فیه ما استهلکت فیه الهبه أو تعوض عنها، و کانت لذی رحم، أو کان الموهوب له ممن یصح التقرب بصلته إلی الله تعالی و قال: الضرب الثانی ما عدا ما ذکرنا، و یدل علی ذلک الإجماع و هو الحجه بعد استصحاب الجواز و خصوص إطلاق ما دل علیه من المعتبره المستفیضه المتقدمه سابقا التی لا یقدح فی دلالتها علی ذلک خروج ما خرج منها بدلیله، بعد ما تحرر فی الأصول «أن العام المخصوص حجه فی الباقی».

و فیه أن بعض ما سمعت یکفی فی الخروج عن ذلک، فضلا عن جمیعه، إذ العام لا- یعارض الخاص، و المطلق لا- یعارض المقید، فضلا عن مثل المقام الذی قد عرفت اعتضاد أدلته مع اعتبارها فی نفسها بالشهره العظیمه و الفرض عدم معارضه شی ء لها عدا مطلقات، حتی إجماع الغنیمه، فإن معقده عام فلا یعارض ما عرفت من الإجماعات الخاصه و غیرها.

و من الغریب ما فی الریاض من جعله العمده فی دلیل هذا القول، حتی أنه مال إلیه بعد شده اضطراب فی آخر کلامه، و أغرب من ذلک کله التمسک فی هذه المسأله للقولین بعمومات و مطلقات و نحوهما، مع أن العمده إنما هو صحیح الحلبی(۱)، بل لا دلیل علی اللزوم بالتلف الذی اتفقوا علیه إلا- هو، بل ربما کان ظاهر من خص الحکم بالتلف، دون باقی التصرف أنه فهم منه منافاته خاصه للقیام بعینها، و إن کان هو کما تری، ضروره أنه کما یدل علی غیره مما لا یصدق علیه شرط الرجوع الذی هو علی الظاهر بقاء نفس عین الموهوب قائما فی ید المتهب بالهبه السابقه لیستحق الرجوع به، فمتی تصرف فیه تصرفا منافیا لذلک لم یجز الرجوع، لانتفاء شرطه، و یمکن إراده القائل باللزوم به التصرف الذی هو کذلک لا مطلقه الذی لا ینافی شیئا من ذلک و یصدق معه بقاء نفس العین قائمه فی ید المتهب، و إلا- لم یبق لأخبار جواز الرجوع فی الهبه علی کثرتها موضوع، ضروره صدق التصرف بوضعه بعد قبضه و یسقی الدابه و علفها و لمسها و رکوبها و نحو ذلک کما أنه یمکن إراده المصنف عدم اللزوم بمطلقه لا ما کان منه نحو التلف فی انتفاء شرط الرجوع. و

حینئذ تلتئم کلمه الجمیع، و تذهب متعبه ثانی الشهیدین و أطنابه فی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۱.

ترجیح خیره المصنف و بطلان القول الآخر حتی ذکر له أدله عشره، و ردها أجمع و لکن قد ذکرها علی وجه یدخل بعضها فی بعض و یسهل الجواب عنها أجمع و ظن أن ذلک أقصی ما یقال لهم، و لا یخفی علیک أنه أطناب فی غیر محله، و إنما الأصل فی المسأله الصحیح المزبور(۱)الذی لا اشکال فیه من حیث السند لأنه و إن عد من قسم الحسن إلا أنه کالصحیح، بل أعلی من بعض أفراده و تحریر أنه الأصل فی الهبه اللزوم، أو الجواز الذی ستسمعه فی المسأله الآتیه فمن خص مفهومه بصوره التلف، اقتصر فی اللزوم علیه، و من جعل مفهومه أعم من ذلک کما هو الواقع ضروره کونه أعم منه کما عرفت، تعدی من التلف إلی غیره مما یدخل فی المفهوم المزبور، بل إلیه نظر القائل بالتفصیل الذی نسبوا إلی الدروس و ابن حمزه و جماعه، و هو اللزوم بالخروج عن الملک، أو تغییر الصوره کقصاره الثوب و نجاره الخشب و الوطء للأمه و عدمه بدون ذلک کالرکوب و السکنی و اللبس، بل عن ابن حمزه زیاده و لا یقدح الرهن و الکتابه بل قیل: ان مقتضی إطلاقه عدم الفرق بین العود إلی ملک الواهب و عدمه، مع أن غیر واحد من الأصحاب جعل فی المسأله قولین لا غیر، بل قد سمعت احتمال

کون القول فیه واحدا لبعد التزام القول باللزوم بمطلق التصرف کبعد التزام اللزوم فی خصوص التلف، مع أن الصحیح المزبور شامل لغیره قطعا، و لعله لذا جعل فی الدروس التصرف بالخروج عن الملک خارجا عن محل الخلاف کالتلف لکن فی المسالک ان التفریع علی القول بالجواز مطلقا واضح فیما لا یحصل مع التصرف نقل الملک، و لا مانع من الرد کالاستیلاد، أما معهما فمقتضی کلام القائل به جوازه أیضا من غیر استثناء، و عموم الأدله یتناوله و حینئذ فلا یتسلط علی رد العین، الانتقال الملک إلی غیر الموهوب فی وقت کان مالکا، فوقع التصرف صحیحا، و لکن یرجع إلی قیمه العین، و فی اعتبار قیمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان أجودهما الأول، لأنه وقت انتقال الملک له الموجب للقیمه جمعا بین الحقین».

و هو من غرائب الکلام ضروره عدم تعقب الهبه المجانیه الضمان المنافی لأصول المذهب و قواعده، و لعله التزام القائل بفسخ العقد المترتب علیها مع بقاء العین لأنه انتقل إلیه ملک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۱.

جـائز، أولى من ذلک، و إن کان فیه أن الأدله إنما اقتضت فسـخ الهبه من حینها، لا البیع الـذی مقتضـی دلیله اللزوم، فلا محیص حینئـذ عن القول باللزوم و ان الرجوع بالهبه إنما هو عینی لا عقـدی، کالخیار، بل قـد یحتمل کون الرجوع غیر فاسـخ و لا ناقص لعقـدها، کمـا عن بعض الشافعیه، و انما هو سـبب شـرعی لانتقال العین من المتهب إلی الواهب إذ النصوص إنما أفادت الرجوع الـذی هو أعم من فسـخ العقـد الذی مقتضـی العقد لزومه، و لعل هذا یکون وجها للقول بکون القبض فیها شـرطا للزوم، مع قوله بأن له الرجوع، علی معنی أن له فسـخ العقـد قبله، لا بعده، و إن جاز له الرجوع المقتضـی لانتقال العین من المتهب إلی الواهب، إلا أن هـذا الرجوع مشـروط بقیام العین نفسـها فی ید المتهب بالهبه التی کانت السـبب فی ذلک علی الحال الذی انتقلت إلیه و من هنا لم یکن له الفسـخ بعد موت المتهب علی الأصح لانتقال الملک فیها إلی الوارث الذی لم یثبت سـببیه الرجوع به، بل بناء علی أن الرجوع فسـخ، یتجه اشـتراطه حینئـذ بـذلک للصـحیح المزبور، الکـاشف عن أن حق الرجوع بـالهبه إنمـا هو الرجوع بها نفسها من حیث کونه ملکها بالهبه.

و من هنـا یظهر لـک النظر فیمـا فی المسالـک من التفریع علی القول بـاللزوم، قـال: «و لو نقلهـا عن ملکه نقلاـ لازمـا فقـد قطعوا بلزومها حینئـذ و إن فرض عودها إلی ملکه بعـد ذلک بإقاله أو غیر ذلک من وجوه النقل المتجـدد، لبطلان حق الرجوع بذلک، فعود یحتـاج إلی دلیـل، و لو کـان عوده بخیـار أو فسـخ لعیب و نحوهمـا مما یوجبه من حینه فکـذلک، لتحقق انتقال الملک مع احتمال عود الجواز، نظر إلی ارتفاع العقد و وجوب سـببه من حین العقد، و یضـعف بأن الملک منتقل علی التقدیرین و إن کان متزلزلاـ و قـد صـدر عن مالـک و عوده إلیه لم یبطل ذلک الملک، و إنما تجـدد ملک آخر، و من ثم کان النماء المتخلل لمن انتقل إلیه دون المتهب».

إذ لا یخفی علیک ما فیه من الفرق بین الإقاله و الفسـخ بالخیار أولا، و من دعوی سـببیه ملک جدیـد بالفسخ ثانیا، مسـتدلا علیه بالنمـاء، مع معلومیه أن الملک إنما هو الأول و لکن عاد جدیـدا و تبعیه النماء لـذلک، و إنما الکلام فی ظهور الصـحیح المزبور بـاشتراط الرجوع ببقـاء ملـک الهبه علی حاله الـذی انتقل به و عـدمه، کما أن الکلام فی غیر ذلک من محل الشک بالنسـبه إلی الشرط المزبور کوطئ الأمه و رهن العین و مکاتبه العبد و نحو ذلک مما یرجع فیه إلی الأصل المزبور،

مع فرض الشک فی تحقق الشرط فیها فلا یلتفت هنا إلی ما یقال من اقتضاء ما قلناه و نحوها الخرق للإجماع المرکب بإحداث قول جدید ضروره عدم القطع بالمسأله حتی یترتب علیه ذلک، بل مدارها علی الاجتهاد فی مفاد جدید الصحیح المزبور، و فی تأسیس الأصل المذکور، و قد بینا لک الحال بعد أن دفعنا إلیک القسطاس المستقیم فزن به مستعینا بالله الرؤوف الرحیم، و منه یظهر لک ما فی جمله من الکلمات المتأخره عن المسالک، و الله هو العالم و الهادی.

و تستحب العطیه لذی الرحم و إن لم یکن فقیرا بلا خلاف، و لا إشکال فی شی ء من ذلک، و تتأکد فی الوالد و الولد الذین هم أولی من غیرهم من الأرحام، لأنها من صله الرحم المعلوم ندبها کتابا(۱)و سنه(۲)و إجماعا بل لعله من الضروری بل فی المسالک «و إنما تستحب عطیه الرحم حیث لا یکون محتاجا إلیها بحیث لا تندفع حاجته بدونها و إلا وجبت کفایه إن تحققت صله الرحم بدونها، و إلا وجبت عینا، لأن صله الرحم واجبه عینا علی رحمه، و لیس المراد هنا مجرد اجتماع البدن، بل ما یصدق معه الصله عرفا، و قد یتوقف ذلک علی المعونه بالمال، حیث یکون الرحم محتاجا، و الآخر غنیا لا یصره بذلک ذلک القدر الموصول به، بل قد تتحقق الصله بذلک، و إن لم یسع إلیه نفسه، کما أن السعی إلی زیارته بنفسه غیر کاف فیها مع الحاجه علی الوجه المذکور، و تبعه علی ذلک فی الکفایه.

و لکن قد یشکل ذلک فیما لا یرجع إلی وجوب الإنفاق، لمنافاته للأصول و عدم عدادهم له فی الواجبات، و عدم بیان مقداره غیر ذلک، اللهم إلا أن یفرض تحقق قطع الرحم بدونه، و قلنا بحرمته بالنسبه إلی ذلک، و هو کما تری، و الله العالم.

و کذا تستحب التسویه بین الأولاد فی العطیه بلا خلاف فیه بین العلماء کما فی محکی التذکره، بل فی محکی الخلاف، لا فرق فی ذلک بین الذکر و الأنثی بإجماع الفرقه و أخبارهم، مضافا إلی ما سمعته من الأمر بالنسویه فی النبوی المتقدم سابقا فی کراهه التفضیل و المنساق من التسویه جعل الأنثی

کالذکر، و ان تفاوتت معه فی الإرث لا کما یحکی عن شریح و أحمد و محمد بن الحسن من

۱- ۱ سوره النساء- الآیه- ۱، و سوره الأنفال الآیه- ۷۵، و سوره محمد الآیه- ۲۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب الصدقه.

جعل الذکر ضعف الأنثی، و یکره الرجوع فیما تهبه الزوجه لزوجها، و الزوج لزوجته عند الأکثر فی المفاتیح و عندنا فی محکی المبسوط بل عن الخلاف و الغنیه الإجماع علیه و قیل: و القائل الفاضل و فخر الإسلام و المقداد و القطیفی و ثانی المحققین و الشهیدین و الخراسانی و الکاشانی بجریان مجری ذوی الرحم فی اللزوم بل عن التذکره حکایته عن جماعه، کما عن التحریر و الحواشی للشهید حکایه عن الشیخ و کأنه مال إلیه أول الشهیدین و الأول أشبه عند المصنف لإطلاق ما دل علی الرجوع بها، و خصوص

صحیح محمد بن مسلم عن أحدهما (علیهما السلام) «أنه سئل عن رجل کانت له جاریه فآذته امرأته فیها فقال: هی علیک صدقه فقال: إن کان قال ذلک لله فلیمضها، و إن لم یقل فله أن یرجع إن شاء فیها»

و الإجماع المحکی.

و فیه: أن الإطلاق المزبور معارض بإطلاق ما دل علی المنع فیها من النصوص و غیرها، و الصحیح معارض ب

صحیح عبید بن زراره(۱)عن الصادق (علیه السلام) «لا ینبغی لمن أعطی لله تعالی أن یرجع

فیه و ما لم یعطه لله و فی الله، فإنه یرجع فیه نحله کانت أو هبه حیزت أو لم تحز و لا یرجع الرجل فیما یهب لامرأته و لا المرأه فیما تهب لزوجها، حیز أو لم یحز، أ لیس الله تعالی یقول «وَ لا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَیْتُمُوهُنَّ شَیْئاً» و قال «فَإِنْ طِبْنَ لَکُمْ عَنْ شَیْ ءٍ مِنْهُ نَفْساً فَکُلُوهُ هَنِیئاً مَرِیئاً» و هذا یدخل فیه الصداق و الهبه»

المؤید ب

صحیح ابن بزیع (۲)«سألت الرضا (علیه السلام) عن الرجل یأخذ من أم ولده شیئا وهبه لها، من غیر طیب نفسها من خدم أو متاع أ یجوز ذلک له؟

قال: نعم، إذا کانت أم ولده»

بناء علی أن المراد بالشرط مملوکته، لعدم صحه الهبه لها، فیدل بمفهومه حینئذ علی عدم الجواز إذا کانت زوجته، و إجماع الشیخ موهون بمصیره نفسه إلی خلافه، علی ما حکی عنه، و حمل الصحیح المزبور علی الکراهه لیس بأولی من حمل الصحیح الأول علی فساد الصدقه، بخلوها عن القربه، بل هذا أولی، إن لم یکن متعینا و ترجیح الأول بمخالفته لمذهب أبی حنیفه معارض بموافقه الثانی للکتاب، بل منه یستفاد کون الآیه(۳)دلیلا مستقلا لا یصلح لمعارضتها حینئذ ما سمعت، فضلا عن أن یحمل ما فیها من النهی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۲.

٣- ٣ سوره النساء الآيه- ٢٠.

على الكراهه بعـد التصـريح فى الخبر بتنـاول ذلـك للصـداق و الهبه و لعـل هـذا هو الـذى دعا صاحب الكفايه إلى القول بعـدم الجواز هنا مع قوله بالجواز فى هبه ذى الرحم فما أطنب فى التعجب منه فى الرياض حينئذ فى غير محله.

و المناقشه- فى الصـحيح المزبور باشـتماله على ما لا يقول به أحـد من لزوم الهبه قبل القبض- يـدفعها عدم خروجها بذلك عن الحجيه فى غيره، مع أن الصـحيح الأـول فى الصـدقه التى تنزيلهـا على الهبه مع عـدم القصـد بكونها لله ليكون مما نحن فيه ليس بأولى من حملها على الصـدقه غير لازمه أو غير صـحيحه، بناء على اشتراط القربه فى صـحتها أو لزومها، بل هذا أولى لما فيه من بقـاء الصـدقه على حقيقتهـا، و مع التنزل عن ذلـك كله فلاـ أقـل من الشـك، و الأصـل اللزوم، و لو لاستصـحاب الملك و قوله (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و دعوى أن الهبه من العقود الجائزه، و إن اعتراها اللزوم فى بعض أفرادها بل هـذا أولى، لأن اللازم قد يعتريه الجواز حتى البيع الذى فيه خيار المجلس، و العيب، و الغبن، و غيرها، و أما العقد الجائز فلزومه إنما يكون بأمر خارجى كشرط و نحوه على أنه قـد ذكروا فى غير مقـام الإجمـاع على انفساخ العقـد الجائز بالجنون و الإغماء و الموت و من المعلوم هنا خلافه، و ذلـك كله دليـل على أن الهبه من العقـد اللاـزم، و إن اعتراهـا الجـواز فى بعض أفرادهـا بـل قـد يقـال: إنه و إن اختلف إطلاـق النصوص فى ذلك باعتبار إطلاق الرجوع فى بعضـها، و عدمه فى آخر، بل ربما كان دلاله بعضها على الجواز أظهر، لذكر الفرد اللازم على جهه الاستثناء، إلا أن الأصل

فى العقد اللزوم، للاستصحاب بل و الآيه(۲)فتأمل جيدا فإنه نافع فى غير المقام أيضا و الله العالم.

[النظر الثانى فى حكم الهبات و هى مسائل]

اشاره

النظر الثاني: فى حكم الهبات و هى مسائل:

[المسأله الأولى لو وهب فأقبض ثم باع مثلا من آخر فإن كان الموهوب له رحما لم يصح البيع]

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع مثلا من آخر فإن كان الموهوب له رحما، لم يصح البيع على وجه يترقب عليه أثره، بل يكون

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ سوره المائده الآيه- ۱.

فضولا، و کـذا إن کان أجنبیا و قد عوض أو نحو ذلک مما تکون الهبه به لازمه، ضـروره وقوع البیع حینئذ علی مال الغیر، أما لو کان أجنبیا و لم یعوض فلا إشکال فی زوال ملک المتهب بل فی المسالک و عن ظاهر المحکی عن التذکره الاتفاق علیه.

و إنما الکلام فی صـحه البیع و فساده، و إلیه أشار المصـنف بقوله قیل: و القائل الشیخ و القاضی و یحیی بن سعید علی ما حکی عنهم یبطل البیع لأنه باع ما لا یملک و لأن الشی ء الواحد لا یحصل به الفسخ و العقد، و لذا کان المصلی یخرج بتکبیره الإحرام الثانیه من الصلاه، و لا یدخل بها فیها، و لأن البیع

موقوف علی الملـک الموقوف علی الفسـخ، المتـأخر عن البیع، باعتبـار کونه سـببا فیه، و السـبب متقـدم علی المسـبب، فلو کـان الفسخ سببا فی صحته لزوم الدور.

و قیل: یصـح لأن له الرجوع و لکن لم أعرف القائل به ممن تقدم علی المصـنف نعم هو خیره الفاضل فی جمله من کتبه و ولده و الشهید فی الحواشی و المحقق الثانی و الشهید الثانی و الخراسانی علی ما حکی عن بعضهم لعموم (۱)«أَوْفُوا» و لأن العقد یدل علی تحقق إراده الفسـخ، قبل العقـد، فیکشف العقـد عن حصول الفسـخ بالقصد إلیه قبل البیع و لأنه إذا تحقق الفسخ بهذا العقد انتقلت العین إلی ملک الواهب فیصـیر العقد بمنزله الفضولی، و قد ملکه من إلیه الإجازه، بل هو أولی، لأن بایع ملک غیره قد لا یقصد بیعه علی تقدیر کونه مالکا لها، بخلاف الفرض فإنه قاصد إلی البیع مطلقا، و لأن ثبوت الفسخ فرع صـحه العقد فی نفسـه لأنه أثره، فلو کان البیع فاسدا لم یترتب علیه أثر و لأنه بأول جزء منه تنفسخ الهبه فیکون المحل قابلا لمجموع العقد.

و لکن مع ذلک کله الأول أشـبه بأصول المذهب و قواعده عند المصـنف لما عرفت، إلا أنه قد یناقش فیه بأن المسـلم من الأول ما إذا اتحد مورد الفسخ و العقد لا مع التعدد، کما فی الفرض الذی هو فسخ الهبه و انعقاد البیع، و عدم الانعقاد بالتکبیره الثانیه

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

للنهی عنها، و لأنها وقعت فی صلاه منعقده، و لغیر ذلک مما قررناه فی محله، و الدور إنما هو دور معیه کما ستعرف.

کما أنه قد یناقش فی أدله القول الثانی بفقد شرط وقوع البیع فیه و هو الملک لأنه لا بیع إلا فیه، فلا وجه للتمسک بالعموم مع فقد الشرط المعلوم، و بما تقدم فی إجازه الفضولی و الفسخ بالخیار، من اعتبار اللفظ الدال علی ذلک ل

قوله (۱)«إنما یحلل الکلام»

أو مطلق الدال و لو فعلا، و إنه لا یکفی القصد المجرد عن ذلک، و بالشک فی تناول دلیل الفضولی لمثله، علی ما تقدم فی محله، و بالمنع من توقف الفسخ علی صحه العقد بل حصول لفظ یدل علیه، و إیقاع البیع علی هذا الوجه یدل علی إراده الفسخ فیقتضیه و إن تخلفت صحه البیع من حیث اشتراط تقدم الملک علیه، و بأن السبب مجموع العقد فلا یکفی ورود ما بقی علی المحل بعد انتقاله إلیه.

فالأولی من ذلک کله الاستدلال علی الصحه بإطلاق ما دل علی الرجوع الشامل للأفراد و القولیه و الفعلیه و منها حینئذ البیع و العتق و نحوهما، إذ لیس المراد منه تصور معنی الفسخ و إنشائه، بل و لا تصور معنی الرجوع و إنشائه بلفظه، و إنما المراد إیجاد ما یدل علیه أو یقتضیه من قول أو فعل، و منه المفروض فیکون حینئذ دالا علی صحه البیع، و لو بالتزام إلا الاکتفاء فی اشتراط الملک فیه بنحو ذلک، فیؤثر عقد البیع حینئذ فسخ ملک

المتهب، و رجوع الملک إلی الواهب و انتقاله عنه، کما أثر عقد بیع الأب علی ولده انتقالا من البائع إلی المشتری و تحریرا، لأنه مقتضی الجمیع بین

«لا عتق إلا فی ملک»(۲)

«و من اشتری أباه انعتق علیه(۳)»

و قلنا بکفایه الترتب الذاتی عن الزمانی، جمعا بین الأدله، و کذا المقام، فإنه بعد أن شرع له الرجوع بالبیع لا محیص عن التزام ذلک کله فیه، کما أنه بعد أن شرع الرجوع بالوطی مثلا، کان فعله سببا لفسخ الملک عن المتهب مثلا، مقارنا لدخوله فی ملک الواطی، لکی یقع الوطی فی ملک، فلا یکون أوله محرما و ثانیه محللا و المقام من هذا القبیل عند التأمل، فلا وجه، حینئذ لهذه الإشکالات، التی منها أنه لا وجه لاقتضاء البیع الملک لشخصین فی زمان واحد،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام العقود الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب العتق الحدیث- ۱- ۲- ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب العتق الحدیث- ۱- ۲- ۳.

إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملک، و الخروج عنه فی زمان واحد فيصوره شراء الأب و الترتب الذاتی آت هنا، بان يقال اقتضی الانفساخ و الدخول فی ملک البائع و منه إلی المشتری كما هو واضح، فإن العمده ثبوت شرعيته المقتضيه ذلک كله، خصوصا بعد معلوميه كون الأسباب الشرعيه من قبيل الأوضاع الجعليه، فيجوز ذلک كله فيها، بعد مجی ء

الدليل، لا أنها أسباب عقليه، و الله العالم. هذا كله فی الهبه الصحيحه.

و أما لو كانت الهبه فاسده صح البيع علی جميع الأحوال من غير فرق فيها بين هبه الرحم و المعوض عنها و غيرهما، ضروره بقاء المال حينئذ علی ملک مالكه بل فی القواعد الإجماع علی ذلک، بل لعله كذلک فی حالی العلم بالفساد و الجهل به و إن كان قد يشكل فی الثانی مما فی المسالک من عدم قصده النقل عن ملكه، لبنائه علی أنه ملک غيره، و العقود تابعه للقصود، و لعله لو علم بالفساد و أن المال ماله لم يبعه، بل علی تقدير احتمال إرادته البيع مطلقا، فمجرد إيقاعه البيع أعم من قصده إليه علی تقدير علمه بملكه و عدمه، و العام لا يدل عليه الخاص، فالقصد إلی البيع علی تقدير كونه مالكا مشكوک فيه، فلا يكون العقد فيه معلوم الصحه.

لكن قد يدفع أولا: بأن المفروض صدور البيع منه علی أنه رجوع بالهبه التی يزعم صحتها علی حسب البيع المذكور فی المسأله السابقه، و هذا لا يكون إلا بقصد نقل ملكه و لعله لذا حكم فی القواعد الإجماع كما سمعت، و إن حكی الخلاف فيها فيمن باع مال مورثه فبان موته و استوجه الصحه فی كتاب البيع لوضوح فرق بينهما حينئذ.

و ثانيا: أن وقوع البيع يقتضی قصد نقل المال إلی المشتری، و كونه عنه أو عن غيره ليس من مشخصاته، و لذا لو قصد بيع مال الغير عن نفسه لم يخرج عن الفضوليه فكذا لو قصد بيع ماله- و لو واقعا- عن غيره لم يخرج عن كونه بيعا لازما، كما أنه يدفع الأخير بأن إيقاع العقد و اللفظ الصريح كاف فی الدلاله علی القصد إليه شرعا، نحو نظائره من العقود، إذ لا يشترط فی صحته العلم بكونه قاصدا إلی ذلک الشی ء حيث يكون شرعيا، بل يحمل إطلاق لفظه حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد علی كونه قاصدا بخلاف الهاذل و المكره.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فيما فى المسالك من استحسان الرجوع إلى قوله، بمعنى أنه إن أخبر عن قصده إراده البيع و ان كان مالكا صح، و إن قصده لكونه فضوليا لم يصح على تقدير ظهور كونه مالكا لعدم توجه قصده إلى البيع اللازم و لأن هذا أمر لا يمكن معرفته إلا منه، فيرجع إليه فيه كنظائره.

حتى أنه أشكل قول المصنف و كذا القول فيمن باع مال مورثه و هو يعتقد بقاءه الظاهر فى أن مفروض المسأله السابقه حال الجهل أيضا بقرينه التشبيه بما قدمه من عدم قصده إلى البيع اللازم، و إنما قصد الفضوليه، فينبغى أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصا مع ادعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكا، ثم قال: «و لعله أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقل من احتماله احتمالا مساويا للقصد إلى البيع مطلقا، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر فى لزوم البيع».

و فيه: ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم تشخيص العقد بذلك و إن قصده، فيترتب عليه حينئذ ما يقتضيه من الأثر، إن لزوما فلزوم، و إن فضولا ففضول، و حينئذ فلا مدخليه لبيان جمل المطلق على قصد البيع لنفسه و عدمه، هذا.

و كأن المصنف عطف هذه المسأله على السابقه بقوله «و كذا» مشعرا بالفرق بينهما، لما ذكرناه أولا من فرض البيع الرجوعى الذى هو المبحوث عنه فى أصل المسأله و حينئذ لا إشكال فى الفرق بينهما ضروره قصد البيع لنفسه و قد صادق اجتماع الشرائط فى الواقع حتى لو كان جاهلا بالفساد، بل و لو كان زاعما صحه الهبه، و كانت لرحم، لكنه فعل ذلك لزعم جواز الرجوع الذى هو غير مشروع، و إن كان لا يخلو من اشكال و لعله على ذلك ينزل ما فى الدروس فإنه بعد أن حكى عن الشيخ تساوى مسألتى فساد الهبه و بيع مال مورثه فى الحكم بصحه البيع، و إن جهل الحال قال: «و قد يفرق بينهما بالقصد إلى صيغه صحيحه فى مال الموروث بخلاف الموهوب» فيسقط عنه ما اعترضه به فى المسالك- حيث أنه بعد أن حكى ذلك عنه قال: «و لا يخفى عليك فساد هذا الفرق فإن القصد إلى الصيغه الصحيحه بالمعنى المقابل للباطله حاصل فى المسألتين و بمعنى اللزوم منتف فيهما، و لا فرق بينهما أصلا- كما لا يخفى، إذ

قد عرفت من كلامه فى الفرض الذى ذكرناه و هو البيع لنفسه، و لو ظلما بإراده الرجوع بالهبه اللازمه فى ظنه.

نعم قد عرفت أن الأقوى فيه الصحه على التقدير المزبور لعموم الأدله، و ربما كان فى قول المصنف و كذا إذا أوصى برقيه معتقه و ظهر فساد عتقه إشاره إلى ما قلناه، فإنه نحو مفروض المسأله ضروره كونه أوصى برقيه يزعم عتقها، و من هنا استوجه فى المسالك كلام الدروس فيها، لعدم قصده إلى الوصيه الشرعيه بل بمنزله الهاذل و العابث بالنظر إلى ظاهر حاله، فلا ينفه ظهور ملكه بعد ذلك فى نفسه الأمر، بخلاف من باع مال غيره، فإنه قاصد إلى بيع صحيح شرعى غايته أنه جائز من قبل المالك، لكنه لازم من قبل المشترى، فهو عقد شرعى مقصود إليه، و إن لم يقصد إلى لزومه مطلقا لكنه كما ترى لا دليل على اعتبار مثل ذلك فى الصحه، بل مقتضى عموم الأدله و إطلاقها الصحه و لذا كان بيع الغاصب- القاصد ترتب الأثر على بيعه معاملا للمغصوب معامله مال نفسه و لو ظلما- من الفضولى، و دعوى أن ذلك و الفرض و أشباههما كالهازل و العابث غريبه، بل هو قصد صحيح فى نفسه كغيره من مقاصد عقلاء أهل الدنيا، و إن لم يترتب عليه أثر شرعى، بل من ذلك عقد الكتابيه و المخالفه متعه، فإن الظاهر الصحه و إن زعما الفساد فإن الصحه الشرعيه تترتب على القصد العرفى قصدت أو لم تقصد، بل و إن قصد عدمها بعد فرض حصول سببها الشرعى كما هو واضح. بل لعل السر فى ذكر المصنف و غيره المثالين المزبورين إراده بيان اتحاد الحكم و أنه الصحه على جميع التقادير فتأمل جيدا لكن لا يخفى عليك محال النظر فيما فى المسالك و غيرها.

[المسأله الثانيه إذا تراخى القبض عن العقد ثم اقبض، حكم بانتقال الملك]

المسأله الثانيه: إذا تراخى القبض عن العقد ثم اقبض، حكم بانتقال الملك لعدم اعتبار الفوريه فيه، بلا خلاف أجده لإطلاق ما دل على شرطيته مما تقدم سابقا: بل لعل مرسل أبان منها ظاهرا فى عدم اعتبار الفوريه فيه، بل ينبغى القطع به بناء على أنه شرط للزوم لا الصحه، كما اعترف به بعضهم.

نعم فی القواعد «الإشکال فی ذلک، بناء علی أنه شرط للصحه لکونه حینئذ جزء السبب، فأشبه القبول، و للاقتصار علی المتیقن» و فیه أن کونه جزء السبب لا یقتضی الفوریه بعد إطلاق الأدله، و وجوبها فی القبول باعتبار کونه جوابا للإیجاب، فیخرج حینئذ مع عدم الفوریه عن طریق التخاطب المعتبر فی العقود کالعربیه، و لعل الأولی فی وجه الاشکال احتمال توقف حقیقه الهبه علیه، لأنها عطیه و إیتاء، فالعقد بدونه لا یکون هبه کما هو مقتضی الخبر المتقدم «لا تکون الهبه هبه حتی یقبضها» منضما ذلک إلی دعوی ظهور الأدله فی أن الهبه التی یترتب علیها الأثر لیست إلا شیئا واحدا یحصل فی زمان واحد مثل البیع و الإجاره و نحوهما، و حینئذ فسببیته الهبه بناء علی اعتبار ذلک فی مفهومها ینافیها التراخی، بل لا أقل من الشک فی شمول الأدله لها معه، و به یفرق بینه و بین غیره مما اعتبر القبض فی الصحه کالوقف و نحوه، مما هو غیر داخل فی مفهومه، و إن اعتبر فی ترتب أثر السبب علیه، لکونه شرطا له.

بل کان ذلک هو السبب فی اتفاق القائلین بکونه شرطا للصحه علی انتقال الملک به من حین ه أی القبض، لا أنه کاشف عن حصوله من حین العقد، و لیس کذلک الوصیه فإنه یحکم بانتقالها بالموت مع القبول و إن تأخر القبض عنهما لعدم مدخلیته فی الملک بها لإطلاق الأدله کما تسمع تحقیق الحال فیه إن شاء الله، مع أنه مقتضی القواعد- التی قررناها غیر مره فی نظائره- کونه کاشفا، بناء علی أنه من الشرائط فما ذلک إلا لعدم حصول الهبه إلا به، فلا سبب متقدم علیه حتی یکون هو شرطا کاشفا، إلا أن الجمیع کما تری، ضروره عدم توقف الهبه بمعنی العقد علیه، و إن توقف بمعنی العطیه، و الکلام الآن فی الأولی فلیس هو حینئذ بالنسبه إلیها إلا شرطا، و کان مقتضی ما عرفت أن یکون کاشفا لکن ظاهر ما دل علی شرطیته مع الإجماع حصول النقل به لا قبله و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو قال وهبت و لم اقبضه کان القول قوله]

المسأله الثالثه: لو قال: وهبت و لم اقبضه کان القول قوله بلا خلاف أجده فیه بل عن المبسوط و المهذب و التذکره و التحریر و الدروس و الحواشی أنه کذلک و إن قال: مع ذلک خرجت منه المراد منه أنی آذنت له فی قبضه کل ذلک لما عرفت من عدم دخول الإقباض فی حقیقه الهبه العقدیه، بناء علی انصراف الإطلاق إلیها، و لا یقدح فی ذلک کونه شرط

للصحه، فيكون إنكاره كدعوى الفساد المعلوم تقدم دعوى الصحه عليها، لما فى المسالك من الفرق بين الأمرين، فإن منكر الإقباض لا يدعى فساد الهبه، و إنما ينكر أمرا من الأمور المعتبره فيها، و أنها لم تحقق بعد، كما لو أنكر الإيجاب و القبول، و إن اشترك الجميع فى عدم صحه العقد بدونه، و هو تام لو كانت الدعوى من الواهب أما إذا كانت من وارثه التى هى دعوى الفساد بعد إقراره بأن مورثه قد وهب، و لكنه لم يقبض، بل قد يشكل ذلك فيه أيضا ضروره أن مبنى عدم كون الإقرار بالهبه إقرارا بالقبض الذى أحد أركان صحتها دعوى كون المعروف شرعا من الهبه هو الإيجاب و القبول خاصه و القبض و إن كان معتبرا فى الصحه إلا أنه خارج عن مهيتها، و قد تقدم فى تعريف الهبه أنه العقد إلى آخره و لا شبهه فى أن القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضى الإقرار بالآخر.

لكن قد يمنع ذلك بناء على ما تقدم غير مره من دخول المعاطاه فى مفهوم هذه الأسماء كالبيع و الإجاره و نحوهما و حينئذ فلا تكون أسماء للعقود حينئذ كى يتم الكلام المزبور، و يدفع بأن يقال إنا و إن قلنا: بعدم كونها أسماء للعقود نفسها لكنها اسم للأثر الحاصل بالعقد، و من المعلوم كونه التمليك المزبور، لا الأثر الحاصل من العقد و شرائطه و ليس القبض داخلا فى مفهومه و حصوله بالفعل لا يقتضى دخول ما أفاده الفعل من الإقباض فى حقيقته بل أقصاه حصول الأمرين به معا.

و حينئذ على كل حال فالإقرار بها ليس إقرارا به، بل لعله كذلك حتى لو قلنا بأن المعاطاه الفعليه نفسها هبه، ضروره تعدد أفرادها، و الإقرار بفرد منها لا يقتضى الآخر، فعلى مدعيه البينه حينئذ فيتجه ما ذكره المصنف كما أنه قد يدفع الأول: بأن دعوى الوارث عدم القبض ليس دعوى فساد، و إنما هى قائمه مقام دعوى المورث، و إن قارن ذلك حصول انفساخ بالموت لكن لا يكون به دعوى فساد على وجه تقدم عليه دعوى الموهوب، بأنه قد أقبض فتأمل و كيف كان فالإقرار بالهبه ليس إقرارا بالقبض نعم لو قلنا بدخول القبض فى مفهومها أتجه حينئذ عدم تقديم قوله و لكن قد عرفت فساد الدعوى المزبور.

نعم للمقر له إحلافه ان ادعى عليه الإقباض لعموم البينه، أما إذا

لم يـدعه فلا يتوجه له عليه يمين، لعـدم كونه منكرا حينئذ كما هو واضح لكن فى المسالك أنه منكر أيضا و لكن لا يمين عليه، إذ ليس كل منكر يتوجه على اليمين بمجرد الإنكار، بل لا بد من انضـمام دعوى ما أنكره المنكر، و فيه ما لا يخفى، هذا و ليعلم أن المحكى عن المبسوط و المهذب و التذكره و التحرير تقييد أصل الحكم المزبور بما إذا لم يكن الموهوب فى يد المتهب أو بمـا إذا كـان فى يـد الواهب على اختلافهم فى التعبير و مقتضاه أنه متى كان كـذلك فالقول قوله، لأن كونه فى يـده كنايه عن إقباضه، و لعله لأنهم فرضوا المسأله فيما لو ضم إلى قوله وهبته خرجت منه إليه، الـذى هو بمعنى الاذن بقبضه و إلا فمجرد كونه فى يـده لاـ يـدل على القبض بـإذن، و من هنـا حكى عن المبسوط فى بـاب الإـقرار أن القول قول الواهب، و أنه لاـ فرق بين أن يكون الموهوب فى يـد الواهب أو المتهب، لأـنه قـد يقبضه بغصب و غيره، بـل قـد يقال: أن الحكم كـذلك حتى مع الضـميمه المزبوره فإن الإقرار بالإذن لا يقتضى كون يده عليه حال الدعوى بالإذن السابقه ضروره كونها أعم من ذلك فتأمل جيدا.

و كذا لو قال: وهبته و ملكته ثم أنكر القبض فى أن القول قوله إذا كان ممن يرى أن الملك بالعقد و لو تقليدا، بل و إن لم يعلم حاله، لأنه يمكن أن يخبر عن وهمه و متى احتمل فيه ذلك لم يحكم عليه بالإقرار بالقبض الذى تقتضى الأصول نفيه.

نعم لو علم أن مذهب المقر توقف الملك على الإقباض و لو تقليدا حكم عليه بالإقباض كما صـرح به غير واحد لكن قد يناقش بإمكان إرادته التأكيـد أو الهبه بصـيغه التمليك الـذى قـد عرفت أنها تنعقد به، و مع ذلك يحتاج إلى القبض صـحه أو لزوما، و دفعها- باقتضاء ذلك التأكيد الذى هو مرجوح بالنسبه إلى التأسيس- رده فى المسالك «بأن ألفاظ الأقارير لا تنزل على مثل هذه القواعـد، مع احتمـال الأـمرين بل يعتبر فيها المعانى الظاهره، و هـذه اللفظه مشتركه بين الصـيغه و أثرها، فحملها على الثانى دون الأـول ترجيـح من غير مرجـح، كمـا فى الإـقرار بلفـظ مشترك، فإنه لا ينزل على أحـد معنييه بـدون القرينه و حمل العطف على المغايره مطلقا ممنوع فإنه كما يجوز عطف الشى ء على مباينه يجوز عطفه على مرادفه، كما هو محقق فى بابه».

و فيه: أنه لا إشكال فى جوازه، إنما الكلام فى مساواه احتماله للآخر مع عدم القرينه، و لا

ريب فى منعها، و مرجع هذه القواعد إلى ظاهر الخطاب الذى لا إشكال فى حجيته فى الإقرار، و غيره.

و أغرب من ذلك قوله متصلا بما سمعته منه و على تقدير تسليم ظهور المعنى الثانى أو أغلبيته على الأول ينبغى أن يرجع إليه فى القصد، لا- أن يتعين حمله على الغالب كما نبهوا عليه فى نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين فإنه يقبل من المقر إراده أحدهما و أن حمل إطلاقه على الغالب منهما، كما لو قال له على درهم، و درهم، و درهم، فإنه يقبل منه دعوى إراده تأكيد الأول بالثانى، و الثانى بالثالث، و إن كان العطف يقتضى المغايره، و كان الغالب عدم التأكيد، إذ لا معنى للرجوع إليه بعد فرض ظهور لفظه، و لو بسبب الغلبه فى ذلك، لما عرفت من حجيه ظاهر اللفظ.

نعم لو ضم إليه مع ذلك ما يصلح لصرف ذلك الظاهر أتجه حينئذ عدم الأخذ به، كما فى سائر الخطابات، و القبول فى المثال- مع فرض ظهور الإطلاق فى خلافه و تأخر دعوى إراده التأكيد عن زمان الإقرار ممنوع فالمتجه حينئذ التفصيل فى المفروض بين اتصال ما يقتضى صرف ذلك الظاهر على قياس المخاطبات التى هى كذلك عرفا و لا يعد فيه من التناقض، فلا يؤخذ به، و بين غيره الذى هو ليس كذلك فيؤخذ به و يحكم عليه، و لم يسمع إنكاره بعد ذلك و لا تأويله، و لو متصلا به، اللهم إلا أن يكون بحيث يقبل التأويل المتأخر على وجه يكون الأخذ بإطلاقه مبنيا على عدم ذكر تأويله، فتأمل جيدا، هذا كله فيما جاء باللفظين.

أما لو اقتصر على ملكيته فعن بعضهم كذلك يأتى فيه البحث السابق و لم يستجوده فى المسالك لعدم ما يقتضى المغايره فيه، بخلاف الأول و حينئذ فاحتمال إراده الهبه المقبوضه منه، كاحتمال إراده إيقاع صيغه الهبه خاصه بلفظ التمليك من غير أغلبيه أحدهما على الآخر.

و فيه أنه و إن لم يكن فيه ما يقتضى المغايره من عطف و نحوه، و لكن قد يدعى ظهوره مع الإطلاق فى الاخبار بحصول أثر الملك نعم لو قرنه بما ينافى ذلك من عدم القبض و نحوه اتجه حينئذ الحكم بعدم اقتضائه الإقرار بالقبض فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا رجع فی الهبه و قد عابت لم یرجع بالإرث]

المسأله الرابعه: إذا رجع فی الهبه المجانیه حیث یکون له ذلک و قد عابت بزیاده أو نقصان لم یرجع بالإرث بلا خلاف أجده فیه، للأصل، و لأنه حدث فی عین مملوکه للمتهب، و قد سلطه مالکها علی إتلافها مجانا فلم تکن مضمونه علیه سواء کان التعیب بفعله أم لا.

و إن زادت زیاده متصله لعلف و نحوه کالسمن و لو بفعله علی وجه یکون جزءا من العین فللواهب بلا خلاف أیضا و لا إشکال، لأنها من العین المفروض جواز الرجوع بها.

و إن کانت منفصله کالثمره و الولد، فإن کانت متجدده کانت للموهوب له لأنها نماء ملکه، و خارجه عن العین، و إن کانت حاصله وقت العقد کانت للواهب لأنها حینئذ من الهبه التی فرضنا جواز رجوعه بها بلا خلاف معتد به أجده فی شی ء منه بل هو صریح بعض، و ظاهر آخر عدم الفرق فی الأول بین کون الرجوع بعد الانفصال بالولاده أو بالحلب أو بالقطف أو قبله کالحمل قبل انفصاله، و اللبن، قبل أن یحلب، و الثمره قبل قطافها و الصوف المستجز قبل جزه، لأن الجمیع منفصل شرعا و عرفا عن العین الموهوبه لأنه شی ء جدید.

نعم فی الوسیله الرجوع بالحیوان الحامل مع حمله بناء منه علی أنه الجزء من الأم، و هو کما تری.

و أما الصوف و الشعر إذا لم یبلغ أو ان جزه ففی المسالک «أن الأجود تبعیته للعین» و هو حسن مع فرض کونه کذلک عرفا، هذا.

و لکن بقی الکلام فی أمرین أحدهما أنه قد تقدم لزومها بتلف البعض کالکل، فإطلاقهم الرجوع هنا بالعیب الذی قد یکون بتلف البعض لا یخلو من تسامح، الثانی: أنهم أطلقوا هنا کون الزیاده للواهب إذا کانت متصله، بل صرح بعضهم بأنها کذلک و إن کانت من فعله، و قد صرحوا فی خیار الغبن بمشارکه المشتری للبائع المغبون إذا فسخ بزیاده الصفه فی العین، بل و بغیر ذلک مما یأتی مثله فی المقام، و لم یشر أحد منهم إلی شی ء من ذلک.

نعم فی المسالک قد ذکر الاقسام هنا و هی کون العین بحالها أو نقصانها بما یوجب الأرش، أو بما لا یوجبه، و زیادتها بما یوجبه أیضا أو بما لا یوجبه، أو یوجب زیاده فی القیامه أو جامعه بین الأمرین متصله تلک الزیاده، أو منفصله مطلقا أو من وجه، و تغییرها بالامتزاج بالأجود و المساوی و الأدنی، أو بغیره من الأعمال کالنجاره و القصاره و الطحن أو غیر ذلک من التغییرات، و لم یتعرض لحکمها، بل ظاهره موافقه المصنف علی إطلاقه کما أنه لم یتعرض لضمان الواهب لما یتضرر به الموهوب برجوعه من نقض بناء أو غرس أو نحوهما، و لعل ذلک کله للإحاله علی ما تقدم مما لا یصعب جریان ما یقتضی القواعد جریانه هنا علی من أحاط خبرا بما مضی من المسائل السابقه فی العاریه و فی خیار الغبن و غیرهما، فلا حظ و تأمل أو علی ما تسمعه منه إن شاء الله فی المسئله السادسه مع احتمال عدم اختیار الشرکه فی الصفات المحضه من المصنف و غیره ممن أطلق، بل یختص الواهب بالعین، و إن زادت بذلک، لإطلاق ما دل علی الرجوع بها کما ذکرنا ذلک فی خیار الغبن فلاحظ کما أنه لا یخفی علیک حکم الرجوع بالتغییر و لو بغیر فعله بعد الإحاطه بما ذکرناه من کون المدار علی صدق بقاء الموهوب بعینه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا وهب و أطلق لم تکن الهبه مشروطه بالثواب]

المسأله الخامسه: إذا وهب و أطلق فضلا عن أن یکون قد اشترط العدم لم تکن الهبه مشروطه بالثواب سواء کانت من المساوی أو من الأدنی، أو من الأعلی بلا خلاف محقق أجده فیه، و إن حکی عن المبسوط و الخلاف إلا أن الظاهر من المحکی عنهما خصوصا الأول إراده اشتراط لزومها به، فلو کانت حینئذ لرحم مثلا لزمت حینئذ بدونه نعم عن کافی أبی الصلاح أن هدیه الأدنی إلی الأعلی تقتضی الثواب بمثلها، و لا یجوز له التصرف فیها قبل الإثابه أو العزم علیها، و لعله یرید ما هو المتعارف من إراده الثواب بمثل الفرض، و هو خارج عما نحن فیه، و حینئذ یتم ما حکیناه من نفی الخلاف فی ذلک بیننا و کذا ما فی السرائر من أن علیه إجماع أصحابنا و أن أحدا لم یذکر ذلک فی مسطور، و هو الحجه بعد إطلاق الأدله.

نعم هی و إن لم تکن مشروطه به، و لکن له الإثابه و عدمها فإن أثاب لم یکن للواهب الرجوع مع قبوله لما عرفته سابقا من أدله لزومها بذلک نعم لا یجب علیه القبول

للأصل لأنه بمنزله هبه جديده لا يجب عليه قبولها، خصوصا بعد اقتضائه سقوط حقه من الرجوع كما تقدم الكلام فی ذلک بل الظاهر أيضا عدم جواز الرجوع للموهوب بثوابه، لأنه أيضا من الهبه التی اثيبت و إن شرط الثواب فی هبته صح بلا خلاف فيه عندنا بل عن التذكره الإجماع عليه، للإطلاق خلافا لما عن أحد قولی الشافعی من عدم الجواز لمنافاته مقتضاها الذی هو المجانيه و فيه منع واضح، بل لا فرق فی صحته أطلق أو عين بلا خلاف أجده فی الثانی منهما، بل عن ظاهر التذكره الإجماع عليه بل و الأول على ما فی المفاتيح و ظاهر قوله فی المسالک عندنا لكن عن يحيى بن سعيد فی الجامع و إن شرط مجهولا لم يصح.

و فيه: أنه مناف لإطلاق الأدله و لبنائها على المغابنه، و لأنها مضبوط بالقيمه مع التعاسر.

و ل

خبر القاسم بن سليمان (۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يهب الجاريه على أن يثاب فلا يثاب إله أن يرجع فيها؟ قال: نعم إذا كان شرط له عليه، قلت: أ رأيت إن وهبها له و لم يثبه أ يطأها أم لا؟ قال: نعم إذا كان لم يشترط عليه».

و خبر إسحاق بن عمار(۲)«قال: قلت الرجل يهدی الهديه يتعرض لما عندی فأخذها و لا

أعطيه شيئا أ يحل؟ قال: نعم هی لک حلال، و لكن لا تدع أن تعطيه».

الخبر.

اللهم إلا أن يقال: أن الثانی منهما لا شرطيه فيه، و إن كان الداعی هو الأول و المراد منه إطلاق الثواب المنزل عند التعاسر على المثل أو القيمه، و هو غير الثواب المجهول.

و لكن فيه بعد التسليم أن الإطلاق كاف و لكن له الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط مطلقا أو معينا بلا خلاف أجده فيه لإطلاق الأدله السابقه، و خصوصا خبر القاسم، و أولويته من العقد اللازم الذی ثبت الخيار فيه، بعدم بذلک الشرط، و لغير ذلک و مع الاشتراط من غير تقدير، يدفع ما شاء و إن كان يسيرا مع رضا الواهب به، لعدم ما يقتضی التعيين، بل الإطلاق قاض بعدمه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹۱- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۲.

و لو امتنع من قبوله فعن أبى على أنه يثيبه حتى يرضى، كما عن بعض العامه ل

خبر أبى هريره(۱)«أن أعرابيا وهب للنبى (صلى الله عليه و آله) ناقته فأعطاه: ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا، فأبى فزاده ثلاثا فلما استكمل تسعا قال: رضيت»

الذى هو فى غايه الضعف سندا و دلاله.

و عن التقى فى الكافى فى الهدايه أنه يثيبه قدر قيمه الهبه أو مثلها، كما عن بعض

العامه أيضا أو يثيبه مقدار ما يعتاد فى جزاء مثله، كما عن المبسوط و الخلاف و غيرهما، لانصراف الإطلاق إليه، و فى محكى الخلاف أيضا لو قلنا: أن لا مقدار للثواب و إنما هو ما يثاب عنها قليلا كان أو كثيرا لكان قويا، و عن التحرير إذا شرط ثوابا مجهولا صح و لزمه دفع ما يصدق عليه إطلاق الاسم، و كأنه يرجع إلى ما عن بعض العامه من الإكتفاء بأقل ما يتمول، عكس ما عن آخر منهم أيضا من أنه لا بد من دفع ما يزيد على القيمه، و الا لباعها بالسوق، الى غير ذلك مما لا يخفى عليك وجهه و لا ما فيه عدا القول بدفع المثل أو القيمه الذى يرجع إليه القول بدفع المعتاد ثوابا ضروره كونه المعتاد فصاعدا لا أنقص من ذلك كما أنه لا يخفى عليك أنه لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع لما عرفته من صيروره العقد حينئذ لازما و إنما الكلام فيما ذكره المصنف بقوله و لا يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار بين رد العين و بين دفع المشترط، و نحوه ما فى القواعد من أنه إن لم يرض، أن الواهب بما دفع إليه، تخير المتهب بين دفع الموهوب، و عوض المثل قيل و مقتضاه عدم وجوب الوفاء عليه به، و بناه فى المسالك على كونه كذلك فى العقد اللازم أيضا و إنما فائدته جعل العقد اللازم جائزا، أو على أن هذا العقد من العقود الجائزه خصوصا من جهه الواهب، فلم يجب الوفاء به، كما لا يجب الوفاء بأصله و أشكله فيها أيضا بأنه من طرف المتهب لازم، فلا يجوز له الفسخ بنفسه، و إن لم يبذل المشروط و تخيره بين بذل العين و الثواب المشروط لا ينافيه، و إنما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصه كما أن الأول قد بينا

۱- ۱ راجع ص ۲۰۳.

ضعفه فی محله و قلنا: إنه مناف لعموم «أَوْفُوا(۱)»

و «المؤمنون عند شروطهم(۲)»

فیلزم حینئذ بالوفاء، و إن تسلط البائع مع ذلک علی الخیار مع فرض عدم وصول شرطه إلیه.

و یمکن أن یقال: بل لعله الظاهر أن الخیار المزبور فی المتن و غیره لا ینافی لزوم العقد ورد العین- باعتبار کونها ثوابا، أو أولی منه- لیس فسخا للعقد، بل هو نحو رد العین فی القرض، و إن أوجب عقده المثل أو القیمه، لکن رده نفسه أولی بالقبول، فکذا ما نحن فیه.

نعم یتسلط الواهب علی الفسخ مع الامتناع عن أصل البذل علی نحو ما سمعته فی غیره من العقود اللازمه و لعله لذا جزم بعض بتنزیل إطلاق المحکی عن جماعه لزوم العوض علی إراده الخیار المزبور.

نعم بقی الکلام فی شی ء آخر و هو أنه ما ذکره فی المسالک أیضا من أنه یفهم من قول المصنف «و لم یکن للواهب الرجوع مع قبضه» جواز رجوعه متی لم یقبضه و أن بذلک المتهب و الأمر فیه کذلک و قد تقدم، و لا ینافیه عموم (۳)«أَوْفُوا» و لا

قول أبی عبد الله (علیه السلام) فی الصحیح «تجوز الهبه لذی القربی و الذی یثاب عن هبته، و یرجع فی غیر ذلک»

کما زعمه بعضهم، لأن عموم الوفاء بالعقود مقید بغیر الجائز، و قد عرفت دلاله النصوص الصحیحه علی جواز هذا العقد علی هذا الوجه، إذا سلم دلاله الوفاء علی المضی فیها مطلقا، و الإثابه فی الخبر لا یتحقق إلا بالاتفاق علیها، لا بمجرد بذلها، و لم یحصل هنا».

قلت: الذی قدمه فی صدر المسأله بعد أن ذکر الصور الأثنی عشر، قوله: «و تفصیل حکمها أنه مع اشتراط عدم الثواب لا یلزم قطعا، و مع اشتراطه یلزم ما شرطه مطلقا ثم إن عینه لزوم ما عین بمعنی أن المتهب ان دفع المشروط، و إلا تسلط الواهب علی الفسخ، و إن أطلق اشتراط الثواب لزوم أیضا الوفاء به، لکن إن اتفقا علی قدر فذلک، و إلا وجب

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الهبات الحدیث- ۳.

أثابه مقدار الموهوب عينا أو قيمه، و لا يلزم الأزيد، و إن طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأول، و المعتبر قيمه الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد، و يحتمل عند دفع الثواب».

و هو كالصريح في وجوب القبول عليه، مع بذل المثل أو القيمه بل لعله ظاهر تقييد عدم وجوب القبول بما إذا لم يذكر العوض في الهبه في القواعد، بل لعله ظاهر قول المصنف ما لم يدفع إليه، إلى آخره كالقواعد أيضا، بل قيل إن مثل ذلك عباره المبسوط، و التحرير و الدروس، بل لعله ظاهر ما سمعته أيضا من الفاضل من الخيار المزبور إذا لم يرض الواهب باليسر، بل عن جامع المقاصد ففي البعد عنه.

نعم عن الإيضاح أن الأقرب جواز الرجوع فيه، و فيه أنه مناف لآيه «أَوْفُوا(۱)» و

«المؤمنون(۲)»

و غيرهما، و ثبوت الجواز في غير الفرض لا يقتضي ثبوته فيه، و ليس هو من الشرط في العقد الظاهر في صدق

يثاب عن هبته»

على بذله من المتهب، بل مقتضاه ذلك و إن كان يسيرا، إلا أن انصراف إطلاق العوض المشترط إلى المساوي- فصاعدا مضافا إلى قاعده لا ضرر و إلى العاده- صار سببا للخروج عنه، أما إذا كان معينا فالظاهر لزومها ببذله، و إن كان يسيرا، و بذلك ظهر لك أن ما في المسالك مشوش، خصوصا بعد ملاحظه كلامه في تفسير قوله في المتن «و مع الاشتراط من غير تقدير» إلى آخره فلاحظ و تأمل.

و لو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكه، ثم إن كانت الهبه مطلقه لم يجب دفع بذله، و لكن للواهب الرجوع، لإطلاق دليله، بعد ظهور فساد ما دفع من العوض فيكون كما إذا لم يعوض عنها، و إن شرطت بالعوض:

ففي القواعد «دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين أو العين، أو ما شاء إن رضي الواهب

مع الإطلاق» و هو ظاهر أيضا في وجوب دفع العوض، و في وجوب قبول الواهب له مع

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

بذله، اللهم إلا أن يحصل على إراده بيان كفايته فى عدم رجوع الواهب فى العين و لو بقرينه ما تقدم له سابقا.

و لكن يشكل أيضا بأن الواجب على الواهب قبوله نفس العوض المذكور فى العقد دون غيره، لعموم

قوله «المؤمنون»

و غيره.

نعم لو رضى به و قبضه فلا يجب، لكن لا يختص بالمثل أو القيمه حينئذ اللهم إلا أن يقال: إن فساد العوض فيها لا يقتضى فسادها ضروره كونه فيها كالمهر فى النكاح، لأنها تصح بدونه و حينئذ تبقى صحيحه، و لكن لا وجه للمجانيه بعد فرض قصد المعاوضه بها فليس حينئذ إلا مثل العوض المذكور أو قيمته نحو ما ذكروه فى المهر الفاسد.

لكن لا يخفى عليك النظر فى المقيس عليه، كما ذكرناه فى محله فضلا عن حرمه القياس.

نعم حكم بصحه النكاح للإجماع- و الرجوع إلى مهر المثل، بخلاف المقام، فإنه لا شى ء مقرر هنا على تقدير الفساد- فالمتجه حينئذ البطلان مع فرض ذكر المعوض فيها على طريق ذكره فى عقود المعاوضه، بناء على صلاحيه عقدها للتمليک كالنكاح فلا يحتاج إلى سبب آخر.

نعم لو ذكر العوض فيها على معنى اشتراط هبه عوض هبه أمكن القول لعدم اقتضاء ظهور استحقاقه فساد الهبه، و لكن يكون للواهب حينئذ الرجوع، و إن بذل المتهب المثل أو القيمه، هذا كله فى العوض المعين المشخص، أما المطلق فيدفع بدله سواء كان مقدارا كمائه درهم، أو لم يكن، و من ذلک يعلم ما فى عباره القواعد من التشويش، و الأمر سهل بعد وضوح الحال و فيها أيضا «و لو كان معيبا ألزم بالأرش أو دفع العين فى المعينه لا المطلقه» و هو ظاهر فى وجوب قبول الواهب مع دفع الأرش.

و فيه: أن المتجه عدمه، لأن الفرض اشتراط العوض المعين المنصرف إلى الصحيح فلا يجب عليه القبول، فالأولى الإلزام بالعين، أو بما يرضى به الواهب، و لو الأرش، و أما المطلقه، فإن كانت من دون تقدير عوض أصلا، و دفع عوضا معينا و هو مع العيب بقدر.

القيمه، فإنه على ما يسبق ليس له رده، و لا الرجوع، و إن كان أقل طالب بالزائد و إن كانت

بتقدير عوض غير مشخص، فدفع ذلک القدر فظهر معيبا، فإنه يتجه- بناء على أنه كالسلم- أن يقال له المطالبه بالأرش أو البدل أو العين، و متى دفع المتهب أحدها لم يكن له الامتناع، و إن قلنا ليس المقام كالسلم، فله المطالبه بالبدل، و الله العالم.

و لو ظهر استحقاق نصف العين الموهوبه، رجع بنصف العوض، بل قيل: له أن يرد الباقى و يرجع بجميع الثواب خلافا للمحكى عن أحد قولى الشافعى، و حيث قال: ببطلان هبه الكل، و لو ظهر استحقاقها بعد تلفها فى يد المتهب، ففى القواعد الأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمه، و إن زادت عن العوض أو قلت عنه، و عن الإيضاح و جامع المقاصد أنه الأصح، و قد تقدم فى باب البيع و يأتى فى الغضب ما يستفاد منه تحقيق ذلک و الله العالم.

و كيف كان ف لو تلفت العين الموهوبه فى يد المتهب و الحال هذه أى كان مشروطا فيها الثواب أو عابت لم يضمن الموهوب له عند المصنف و الفاضل و ولده فى محكى التذكره و الشرح، و إن كان ذلک بفعل المتهب لأن ذلک حدث فى ملكه و لأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض، و للواهب الرجوع فى العين، فالتفريط منه بتركها فى يد من يجوز له ذلک فيها بتسليطه.

و لكن فيه تردد بل منع كما عن ابن الجنيد و جمع من المتأخرين لعموم «أَوْفُوا» و نحوه، و لأن قبضها على أن يؤدى عوضها و لأن الواجب أحد الأمرين ردها أو دفع العوض، فإذا تعذر الأول وجب الثانى، و بذلک يظهر لک ما فى دليل القول الأول- ضروره دخولها فى ملكه، و لا هو سلطه عليها كذلک، و عدم وجوب دفع العوض إن أريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفى الوجوب على البدل الذى هو المدعى، و حينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير فيهما وجب الآخر عينا و إن أريد عدم الوجوب أصلا فهو ممنوع- لكن المراد بالضمان هنا وجوب دفع العوض إذا كان معينا، و المثل أو القيمه إذا كان مطلقا لأنه هو مقتضى الأمر بالوفاء، و

قوله «المؤمنون»

و غير ذلک مما تقدم سابقا لا القيمه على كل حال، لأن العين مضمونه على القابض و الشرط لا يجب عليه قبوله، إذ فيه أنها مضمونه بالعوض لا غير، و دعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعه، كما عرفت، و ما فى المسالک من أقل الأمرين من

ذلـك، و من العوض قـال: لمـا عرفت من أن المتهب مخيرين الأـمرين و المحقق لزومه هو الأقـل، لأنه إن كان العوض هو الأقل فقـد رضـى به الواهب فى مقـابله العين، و إن كـان الموهوب هو الأقـل فالمتهب لا يتعين عليه العوض، بل يتخير بينه و بين بـذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، و هذا هو الأقوى».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك، و الإكتفاء برد العين مع وجودها

لا يقتضـى الإكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعده تعذر أحد فردى المخير التى اعترف بها تعين الفرد الثانى فتأمل جيدا، فإن بعض الوهم هنا قد نشأ من الخلل فى المسائل السابقه، و من تفسير الضمان بالمعنى المزبور الذى لا يتم إلا مع انفساخ العقـد، و كون العوض على طريق المعاوضات، أما إذا كان بمعنى الثواب و الجزاء بهبه جديـده فقـد يتردد فى الضـمان من كونه كالعوض بالمعنى الأخص و من منع ذلك، و أنه لا يقتضى الضمان حينئذ، و كذلك الكلام لو وجدها معيبه، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا صبغ الموهوب له الثوب فإن قلنا التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب]

المسـأله السادسه: إذا صـبغ الموهوب له الثوب مثلا فإن قلنا مثل هـذا التصـرف يمنع من الرجوع، فلا رجوع للواهب، و إن قلنا لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبيا رجع به و كان الموهوب له شريكا معه فى الثوب ب مقدار نسبه قيمه الصبغ إلى الثوب.

بل فى المسالك لا فرق بين الصـبغ، و بين القصاره و الطحن عندنا فى ذلك، و قد تقدم فى الغبن و فى الفلس و العاريه و غيرها النظر فى أمثـال هـذه المسائـل فلاـ حظ و تأمل كى تعرف أيضا الحكم فيما لو كان للموهوب غرس و نحوه و رجع الواهب، فإن لكـل مـا له، و أنه هـل لصـاحب الأرض إجبار الغارس على ازالته مجانا، أو ليس له ذلك بل يتخير بين الإبقاء بأجره، و القلع مع الأرش، و الله العالم و المؤيد.

[المسأله السابعه إذا وهب فى مرضه المخوف، و برء صحت الهبه]

المسأله السـابعه: إذا وهب فى مرضه المخوف، و برء صـحت الهبه بلاـ خلاـف و لاـ إشـكال فيهـا، و لاـ فى شـى ء من تصـرفاته المجـانيه و إن مـات فى مرضه، و لم تجز الورثه اعتبرت من الثلث على الأظهر كما عرفت البحث فيه مفصـلا فى كتاب الحجر، و الله هو العالم، و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا و الشكر لله.

[كتاب السبق و الرمايه]

اشاره

كتاب السبق و الرمايه بسكون الباء و هو فى الأصل مصدر سبق كضرب، أو سابق، بل قيل: إنه أوفق فى معاملته الكائنه بين اثنين فصاعدا على ما ستعرف، و لعل مادته كافيه فى ذلك عن الهيئه، و عرفا معامله على إجراء الخيل و ما شابهها فى حلبه السباق، لمعرفه الأجود منها و الأفرس من المتسابقين، و كذا الرمى و الرمايه فى الأصل لمطلق ذلك، و عرفا معامله على المناضله بالسهام مثلا ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

و فائدتهما بعث العزم و تهيّؤه على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال فى حرب الكافرين.

و هى معامله صحيحه و مستندها بعد إجماع المسلمين بقسميه بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، بل قيل: و الكتاب المبين،

للمرفوع المروى عن عبد الله بن مغيره(۱)فى تفسير قوله تعالى «وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ» الآيه عن النبى (صلى الله عليه و آله) «إنه الرمى»

و قوله تعالى (۲)«إِنَّا ذَهَبْنا نَسْتَبِقُ» بناء على أصاله بقاء مشروعيه ما كان فى مله غيرنا حتى يعلم النسخ- السنه المستفيضه أو المتواتره منها قوله (عليه السلام) المروى فى طرق الخاصه و العامه(۳)لا سبق إلا فى نضل أو خف أو حافر منها

قول الصادق (عليه السلام)(۴)«إن الملائكه لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل

و قد

سابق رسول الله (صلى الله عليه و آله) أسامه بن زيد و أجرى الخيل

، ك

قوله أيضا(۵)«ليس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۳.

۲- ۲ سوره يوسف الآيه- ۱۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۱- ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۴.

شی ء تحضره الملائکه إلا الرهان و ملاعبه الرجل أهله» و

منها

خبر طلحه عن الصادق- علیه السلام (۱)«أن رسول الله (صلی الله علیه و آله) أجری الخیل التی أضمرت من الحصی (۲)إلی مسجد بنی زریق و جعل سبقها ثلاث نخلات فأعطی السابق عذقا أی نخله و أعطی المصلی عذقا و أعطی الثالث عذقا»

و منه

خبر غیاث بن إبراهیم عنه أیضا(۳)عن أبیه عن علی بن الحسین (علیه السلام) «أن رسول الله (صلی الله علیه و آله) أجری الخیل و جعل سبقها أواقی من فضه»

إلی غیر ذلک من النصوص.

و کیف کان ف تحقیق هذا الباب یستدعی فصولا

[الفصل الأول فی الألفاظ المستعمله فیه]

الأول: فی الألفاظ المستعمله فیه فالسابق: أی المجلی من خیل الحلبه المجتمعه للسباق و هو الذی یتقدم و لو بالعنق و الکتد بفتح التاء و کسرها و هو العالی بین الظهور و أصل العنق و یعبر عنه بالکاهل.

و قیل و القائل الإسکافی یکفی التقدم بأذنه، و الأول أکثر ل

قوله (علیه السلام) «بعثت و الساعه کفرسی رهان کاد أحدهما أن یسبق الآخر بأذنه».

و فیه- مع إمکان حمله علی المبالغه نحو

قوله (صلی الله علیه و آله)(۴)«من بنی مسجدا و لو کمفحص قطاه بنی الله له بیتا فی الجنه»

مع امتناع بناء مسجد کذلک- أنه لا دلاله فیه علی کون السابق علی الإطلاق کذلک، إذا النزاع فیه لا المقید بنحو ذلک.

کما أن فی الأول منعا واضحا إن أرید الحمل علیه، و إن کان العرف علی خلافه، ضروره عدم الوضع الشرعی فیه، و علی تقدیره فلا مدخلیه له فی ألفاظ المتراهنین، فالتحقیق حینئذ إیکاله إلی العرف، و لعله فی زماننا لا یصدق إلا أن یسبق بالکل، و بالجمله فالمدار علی العرف إن کان، و إلا فلا بد من التقیید لرفع الغرور و النزاع، بناء علی اعتبار المعلومیه فی ذلک، و إن کان القائل بالأول أکثر و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۱.

۲- ۲ الحفی خ ل.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحكام المساجد الحديث- ۲.

و المصلی منها أیضا هو الذی یحاذی ب رأسه صلوی السابق فصاعدا و الصلوان ه ما العظمان النابتان عن یمین الذنب و شماله و التـالی للمصـلی هو الثالث، و یلیه البارع الرابع لأنه یرع المتأخر عنه وفاقه، ثم المرتاح و هو الخامس، من الارتیاح بمعنی النشاط، فکأنه نشط فلحق بالسوابق، و السادس الحظی لأنه حظی عند صاحبه حین لحق بالسوابق، أی صار ذا حظوه و نصـیب عنده، أوفی مال الرهان.

و السابع: العاطف، لأنه عطف إلی السوابق أی مال إلیها، أو کر علیها فلحقها و الثامن:

المؤمـل لأـنه اللحوق بـالسوابق، و التـاسع: اللطیـم وزان فعیـل بمعنی مفعـول، لأـنه یلتطم إذا أراد الـدخول إلی الحجره الجـامعه للسوابق.

و العاشـر: السـکیت بالتصغیر مخففا، و یجوز تشدیده، سمی به لسکوت ربه إذا قیل لمن هذا، أو لانقطاع العدد عنده، و لیس لما بعد العاشـر من خیل الحلبه اسم إلا الذی هو آخر الخیل کلها، فیقال له: الفسـکل بکسر الفاء و الکاف أو بضمهما الذی هو آخر فرس یجی ء فی الرهان، و قیل: إنه السکیت.

و لا یخفی علیک أنه لا مدخلیه لهذه الأسـماء فی شـی ء من أحکام الباب، ضروره بناء أحکامها علی مسمیاتها، لا علی أسمائها، و هو یتبع عرف المتراهنین، أو ما یتفقون علیه فی بیان ذلک، فقد یعبرون عن المجلی و المصـلی و غیرهما بغیر أسـمائها کما هو واضح.

و علی کل حال فقد عرفت أن السبق بسکون الباء فی الأصل المصدر ثم نقل إلی المعامله الخاصه و بالتحریک: العوض فی هذه المعـامله، و هو (۱۱) المسـمی ب الخطر (۱۲) بالخـاء المعجمه و الطـاء المهمله المفتوحتین و النـدب و الرهن و منه أخـذ الرهان بهـذه المعامله و المحلل (۱۳) هو الـذی یـدخل بین المتراهنین (۱۴) و لاـ یبـذل معهمـا عوضا بل یجری فرسه بینهما أو فی أحد الجانبین علی وجه یتناوله العقد، علی أنه إن سـبق (۱۵) بنفسه أو مع غیره أخـذ (۱۶) العوض أو بعضه علی حسب الشـرط، و إن لم یسبق لم یغرم (۱۷) شیئا و الغایه مدی السباق (۱۸) و منتهاه.

و المناضله: المسابقه و المراماه قال فى الصحاح: ناضله: أى راماه يقال:

ناضلت فلانا فنضلته، إذا غلبته، و انتضل القوم و تناضلوا: أى رموا للسبق، و عن التذكره السباق اسم يشتمل على المسابقه بالخيل حقيقه، و على المسابقه بالرمى مجازا و لكل واحد منهما اسم خاص، فيختص الخيل بالبرهان، و يختص الرمى بالنضال.

و فى المسالك «إطلاق المناضله على ما يشتمل المسابقه ليس بمعروف لغه، و لا عرفا، و لعل المصنف و من تبعه فى ذلك تجوزوا فى الإطلاق، و بعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقه و المناضله، و هو الموافق لما سمعته من أهل اللغه».

قلت: يمكن أن يريد المصنف أن المناضله المسابقه فى الرمى، و يكون قوله و المراماه تفسيرا، و إطلاق السبق على الرمى هو المنافق لقوله (عليه السلام) لا سبق إلى آخره على أن يكون المراد منه الغلبه فى السبق المعنوى: و الأمر سهل.

و يقال: سبق- بتشديد الباء- إذا أخرج السبق بالتحريك أى العوض منه لغيره و إذا أحرز أيضا باستحقاقه له قبضه أم لم يقبضه.

و الرشق- بكسر الراء- عدد الرمى أى عدد ما يرمى به من السهام يقال:

رمى رشقا: أى رمى بسهامه التى يريد رميها كلها، و إذا حصل الاتفاق على خمسه خمسه، فكل خمسه يقال له رشق، و عن بعض أهل اللغه تخصيصه بما بين العشرين و الثلاثين.

و أما بالفتح فهو الرمى الذى هو المصدر، يقال:

رشقه يرشقه رشقا: إذا رماه بالسهم، و يقال: أيضا رشق وجه و يد بكسر الراء و يراد، به الرمى على ولاء حتى يفرغ الرشق فيكون مشتركا إذا كان الإطلاقان على جهه الحقيقه، و فى الصحاح «الرشق بالكسر الاسم، و هو الوجه من الرمى، فإذا رمى القوم بأجمعهم فى جهه واحده قالوا: رمينا رشقا».

و فى المسالك «و المراد برشق اليد هذا المعنى، و إضافه الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه، فيقال: و رشق يد، إذا كانت جهه الرمى واحده، و يمكن مع ذلك إضافته إليهما معا كما يظهر من العباره».

قلت: قد يقال: ظاهر الولاء الذى فى العباره غير الاتحاد فى الجهه، المذكور فى الصحاح.

و على كل حال ف يوصف السهم المرامى به، بأوصاف كثيره ذكر فى محكى التحرير منها سته عشر، و محكى كتاب فقه اللغه تسعه عشر اسما، و اقتصر المصنف على سته منها، لما عرفت سابقا من عدم فائده معتد ب ها فى ذلك.

و هى الحابى، و الخاصر، الخازق، الخاسق، و المارق، و الخارم فالحابى: ما زلج أى زلق على الأرض ثم أصاب الغرض بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبى، و جمعه حوابى، و فى محكى الصحاح سهم زلج: يتزلج عن القوس.

و الخاصر بالخاء المعجمه و الصاد المهمله من الخاصره هو ما أصاب أحد جانبيه أى الغرض، و فى المسالك يسمى جائزا و قيل: الجائز ما سقط من وراء الهدف، و قيل: ما وقع فى الهدف عن أحد جانبى الغرض فهو مخطئ إن كان شرط الإصابه فى الغرض، و مصيب إن كان فى الهدف.

و الخازق بالخاء و الزاء المعجمتين ما خدشه أى الغرض.

و الخاسق: ما فتحه و ثبت فيه لكن عن نهايه ابن الأثير خرق السهم و خسق إذا أصاب الرميه و نفذ فيها، و سهم خازق و خاسق، و فى الصحاح: الخازق من السهام المقرطس، و الخاسق لغه فى الخازق، و قال فى باب السين سمى الغرض قرطاسا يقال: رمى بمقرطس إذا أصابه و نحوه عن القاموس، و ظاهر الجميع أنهما بمعنى واحد، و هو النفوذ كما فى النهايه، و الإصابه كما فى الصحاح و القاموس، و عن الثعالبى فى سر العربيه إذا أصاب الهدف فهو مقرطس، و خارق و خاسق و صائب.

و الخارق (۱۱) بالخاء المعجمه و الراء المهمله هو الذى يخرج من الغرض نافذا (۱۲) من الخرق بمعنى الشق، لكن فى المسالك «لم يذكره أحد من أهل اللغه ممن وقفت

على كلامه فى أسمائه، و فى بعض نسخ الكتاب المارق بالميم يدل الخارق و هو الصواب الموافق لكلام أهل اللغه».

و الخارم هو الذى يخرم حاشيته أى الغرض، و فى المسالك أيضا «لم يذكره أهل اللغه» و الأمر سهل.

و يقال: أيضا فى اسم السهم المزدلف و هو الذى يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض و ظاهر القواعد أنه رديف للحابى قد يفرق بينهما بما تشعر به عباره المصنف من اعتبار القوه فى الثانى، بخلاف الحابى، بل فى المسالك «إن هذا هو الظاهر من التذكره».

و الغرض ما يقصد اصابته، و هو الرقعه، و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره كحائط و نحوه، و قد يطلق على الغرض القرطاس، و إن لم يكن قرطاس، و قد يجعل فى الغرض نقش كالهلال، يقال: لها الدائره، و فى وسطها شى ء آخر يقال له الخاتم:

و الإصابه تتبع الشرط، فقد يكفى فيها الهدف، و قد لا يكفى إلا الخاتم كما هو واضح.

و المبادره أحد قسمى المراماه و هى أن يبادر أحدهما مثلا إلى مطلق الإصابه أو إصابه عدد معين مع التساوى فى الرشق (١١) من مقدار معين أو مطلق، فلو أصاب أحدهما فى أول الرشق و أخطأ الآخر فهو ناضل له، و لو أصابا معالم يناضل أحدهما الآخر، و لو اشترطا اصابه خمسه فى ضمن العشره، فأصاب أحدهما فيها و أخطأ الآخر فهو ناضل له، و إن أصاب أيضا لم يتناضلا، و إلى ما ذكرناه يرجع تفسيرها فى المسالك «بأنها اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين، من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه» ضروره أنه أعم منه كما هو مقتضى إطلاق المصنف.

و (١٢) القسم الثانى المحاطه و هى إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه (١٣) بعد تساويهما فى الرشق، فإن نضل أحدهما الآخر، فهو ناضل له، و إلا لم يتناضلا، سواء اشترطا عددا معينا أولا، لأن المدار على تساويهما فى الرشق، و نضل أحدهما الآخر و أما غير ذلك فهو على حسب الشرط، و هذا مقتضى إطلاق المصنف، و إليه و إلى بعضه يرجع تفسيرها فى

المسالک «بأنها اشتراط العوض لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابه الآخر، و طرح اشترکا فیه» ثم أکثر من الأمثله، و لکن إطلاق المصنف أجود، و منه یظهر أنه لا وجه لمناقشه المصنف بأن المقصود من معنا هما غیر حاصل من لفظه، و بدخول کل منهما فی تعریف الآخر، کما أن منه أیضا یعلم رجوع المناضله إلیهما، لا أنها قسم ثالث کما فی القواعد، مع أن المحکی من التحریر صریح فی مرادفتها له.

نعم ربما قیل إن الجواب من دون یاء قسم ثالث للمراماه، و هی أن یحتسب بالإصابه للغرض و الهدف، و یسقط الأقرب للغرض ما هو الأبعد منه و لا بأس به.

[الفصل الثانی فیما یسابق به]

الفصل الثانی: فیما یسابق به و لا ریب أن الأصل عدم ترتب آثار هذا العقد و حینئذ ف یقتصر فی الجواز علی النصل و الخف و الحافر، وقوفا فیما خالف الأصل علی مورد الشرع و الإجماع علی شرعیته فی الجمله لا یقتضی العموم، کما أن کون الحکمه فیه الاستعداد للجهاد کذلک أیضا، بل و لا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد أن ذکرنا غیر مره أن المراد منها العموم فی أنواعها، لا أفراد کل نوع منها الذی یرجع فی مشروعیته إلی ما دل علی مشروعیه نوعه إن کان علی جهه العموم، أو الإطلاق الشامل للفرد المشکوک فیه، و لیس فی المقام ذلک، بل ظاهر خبر الحصر، و نفره الملائکه عند الرهان، و لعن صاحبه خلافه، و بذلک یظهر لک النظر فیما فی المسالک فلا حظ و تأمل.

نعم أطنب فی الحدائق فی إضافه الطیور إلی الثلاثه مستدلا علی ذلک بنصوص قاصره السند و لا جابر، علی أن خبر الحمام منها محتمل لإراده اللعب به، بلا مسابقه و لا إراده الخیل منه، بل قیل: أنه المتعارف فی لسان أهل المدینه، بل لعله أیضا ظاهر أو محتمل الاستدلال علیه فی خبره للنبوی المتضمن لإجراء الخیل، بل ربما احتمل فی النصوص الریش منها إراده السهم ذی الریش، و لیس فی عطفه علی النصل فی أحد الخبرین دلاله علی التغایر بینهما، بعد احتمال کونه من عطف المرادف، أو الخاص علی العام المؤید بإسقاط العطف، و إبدال النصل بالریش فی الخبر الثانی المصرح فیه بحرمه الباقی، کل ذلک مضافا إلی الإجماع المحکی مستفیضا علی الحصر فی الثلاثه.

و کیف کان ف یدخل تحت النصل: السهم و النشاب و الحراب و السکین و السیف و الرمح، قال فی الصحاح: النصل نصل السهم و السیف و السکین و الرمح، و فیه أیضا: النشاب السهام، فیکون عطفه علیه هنا من عطف التفسیر و عن مبسوط الشیخ أنه باعتبار اللغات، فیقال: سهم فی لغه العرب، و نشاب فی لغه العجم، و فی المسالک «إن حصر النصل فیما ذکر هو المعروف لغه، و عرفا، فلا یدخل فیه مطلق المحدد کالدنبوس و عصا المرافق إذا جعل فی رأسها حدیده و نحو ذلک عملا بالأصل السابق» و لکن مع ذلک قال: «و یحتمل الجواز بالمحدد المذکور، إما الادعاء دولها فی الأصل، أو لإفادتها فائده النصل فی الحرب، حیله علی جواز الفعل نظرا إلی دخوله بذلک فی النصل» و هو کما نری، ضروره أنه لا- وجه للاحتمال المزبور بعد الاعتراف بأن الحصر المزبور هو المعروف لغه و عرفا، فإن ادعاء دخولها یکون غلطا حینئذ، کدعوی لحوقها فی الحکم و إن لم تدخل فی الموضوع کما هو واضح.

و یتناول الخف: الإبل و الفیله اعتبارا باللفظ الشامل لذلک بلا خلاف، أجده فیه بیننا، بل ظاهر المسالک الإجماع علیه، بل حکاه فیها عن أکثر العامه أیضا نعم عن بعضهم المنع لأنه لا یحصل بها الکر و الفر، فلا معنی للمسابقه علیها، و کأنه مال إلیه بعض متأخری المتأخرین منا، لکنه فی غیر محله، إذ هو کالاجتهاد فی مقابله النص، و دعوی انصرافه إلی الأول خاصه ممنوعه، علی أن کر کل حیوان و فراره بحسب حاله.

و کذا یدل الحافر علی الفرس و الحمار و البغل فیجوز المسابقه علیها کما فی المسالک، خلافا لبعض العامه فمنع منها فی الأخیرین، لأنهما لا یقاتل علیهما عملا غالبا، و لا یصلحان للکر و الفر، و مال إلیه بعض متأخری المتأخرین لذلک، و لدعوی عدم انصراف الإطلاق إلی ما یشملهما، لکنه فی غیر محله کما عرفت، خصوصا بعد مقاتله أمیر المؤمنین (علیه السلام) علی بغله رسول الله (صلی الله علیه و آله).

و کیف کان ف لا تجوز المسابقه المشتمله علی عوض بالطیور و لا علی القدم و لا بالسفن و لا بالمصارعه و لا بغیر ذلک مما هو غیر الثلاثه المزبوره بلا خلاف أجده

فیه بیننا، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی الحصر السابق، و لعن الملائکه الراهن فی غیرها و أنه قمار حرام.

نعم عن بعض العامه جواز المسابقه بالجمیع، لإمکان الاحتیاج إلی الطیور فی حمل الکتب، و استعلام حال العدو، و تعارف الحرب علی الأقدام کتعارفه بالسفن فی البحر، و

النبوی المروی (۱)من طرقهم «أنه (علیه السلام) سابق عائشه بالقدم مرتین، سبق فی إحداهما، و سبق فی الآخر»،

و «أنه صارع ثلاث مرات (۲)کل مره علی شاه فصرح خصمه فی الثلاث، و أخذ منه ثلاث شیاه».

و لکن لم یثبت شی ء من ذلک عندنا، بل الظاهر الثابت خلافه کما عرفت، و أما جوازها بدون عوض فقد حکی فیه قولان: قیل: إن منشأهما فتح الباء فی لفظ سبق المروی فی خبر الحصر و سکونها، فعلی الأول الذی هو المشهور لا یدل إلی علی عدم مشروعیه بذل العوض فی غیر الثلاثه، و لا تعرض فیها لغیر ذلک، فیبقی علی أصاله الجواز، و علی الثانی یدل علی المنع مطلقا، لکن یرجح الأول- مع شهره روایتها کذلک أن احتمال الأمرین یرفع دلالتها علی المنع مطلقا، فیبقی أصاله الجواز خالیه عن المعارض.

مضافا إلی إمکان ترتب غرض صحیح علیها، یخرجها عن اللهو و اللعب، مع أنهما لم یثبت تحریمهما علی وجه الإطلاق بحیث یشمل المجرد عن الآلات المعده لمثل ذلک، فیجوز حینئذ المسابقه بالأقدام، و رمی الحجر و دفعه، و المصارعه و الآلات التی لا تشتمل علی نصل و الطیور، و لعل من ذلک

مصارعه الحسنین (علیهما السلام) بمحضر النبی (صلی الله علیه و آله)(۳)

و مکاتبتهما، و غیرهما مما هو مروی عن الحسن (علیه السلام) أیضا، و من ذلک و غیره

جزم به ثانی الشهیدین و من تبعه، لکن فی الریاض «أن الأشهر خلافه، بل ظاهر المهذب و المحقق الثانی و صریح المحکی عن التذکره أن علیه إجماع الإمامیه فی جمیع الأمور المذکوره، ثم اختاره للإجماع المزبور المعتضد بالشهره، و بما دل علی حرمه اللهو و اللعب لکون المسابقه فی المذکورات منها بلا تأمل.

۱- ۱ المغنی لابن قدامه ج ۱۱ ص ۱۲۷- ۱۲۹.

۲- ۲ المغنی لابن قدامه ج ۱۱ ص ۱۲۷- ۱۲۹.

۳- ۳ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۷.

و خصوص مـا مر من المعتبره(۱)المنجبر قصور سـندها بالشـهره، بـل و عمل الکل و لو فی الجمله الـداله علی تنفر الملائکه عند الرهان، و لعنها صاحبها ما خلا الثلاثه، مع التصـریح فی بعضـها بأن ما عـداها قمار محرم، و دعوی توقف صـدق القمار و الرهانه علی بـذل العوض غیر معلوم الصـحه مع صدقهما، سـیما الرهانه بدونه عرفا و عاده و ربما جعل ذلک کله قرینه علی صـحه روایه السکونی التی دلالتها علی عدم الصحه بل الحرمه ظاهره، لعدم إمکان إراده نفی الماهیه، فتحمل علی أقرب المجازات، و هو إما نفی جمیع أحکامها التی منها الصـحه و المشـروعیه، أو نفیهما خاصه، لأنه المتبادر من نفی الماهیه بلا شـبهه، سـیما مع الاعتضاد بمـا عرفته من أدله الحرمه و بـذلک یظهر الجواب عمـا فی الکفـایه: من أنه لاـ دلاله فی الروایه علی الحرمه علی النسـختین، فإنه علی الفتح یحتمل أن لا لزوم،

أو لا تملک، أو لا فضل للسـبق، و العوض إلا فی هـذه الثلاثه من بین الأفعال التی یسابق علیها، و حینئذ فلا دلاله لها علی تحریم الفعل، أو الملاعبه مع العوض أیضا فی غیر الثلاثه، بل لا یدل علی تحریم العوض أیضا، و علی السکون یحتمل أن یکون معناها لا اعتـداد بسـبق فی أمثال هذه الأمور إلا فی الثلاثه، أو لا فضل لسـبق إلا فی الثلاثه، فلا دلاله فیها علی التحریم» إذ هو کما تری بعد ما عرفت، إذ لا ریب فی بعد الاحتمالات التی ذکرها، و لهذا لم یشـر أحد من الأصـحاب إلی جریان شـی ء منها فی الروایه، بـل أطبقوا علی دلالتهـا علی الحرمه، و إنمـا اختلفوا لاختلاف النسـخه فی متعلقها هل هو العوض خاصه، أو نفس الرهانه، و أین هذا الإطباق من صحه ما ذکره بل ینبغی القطع بفساده.

سیمـا مع مـا عرفت من الروایـات، بـل للأدله الأخر الظاهره فی الحرمه و أخبارهم یکشف بعضـها عن بعض» هـذا حاصل ما فی الریاض، و نقلناه بطوله لجوده محصوله.

لکن ینبغی أن یعلم أن التحقیق الحرمه و عـدم الصـحه إذا أریـد إیجاد عقـد السبق بذلک، إذ لا ریب فی عدم مشـروعیته، سواء کان بعوض أو بدونه، و لو للأصل، فضلا عن النهی فی خبر الحصر.

أمـا فعله لاـ علی جهه کونه عقـد سـبق، فالظـاهر جوازه، للأصـل و السیره المسـتمره علی فعله فی جمیع الأعصـار و الأمصار من الأعوام و العلماء، و

ما ورد من مصارعه الحسن و الحسین

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام السبق و الرمایه الحدیث- ۶.

(علیه السلام)(۱)و مکاتبتهما و التقاطهما حب قلاده أمهما،

بل

ما روته العامه من مسابقه النبی (صلی الله علیه و آله)(۲)لعائشه بقدمه فسبق و سبق»

لو قلنا بصحه ذلک، و عدم منافاه مثله لمنصب النبوه، لأنه من المداعبه مع الزوجه و غیر ذلک.

بل لا یبعد جواز إباحتهما العوض علی ذلک، و الوعد به مع استمرار رضاهما به، لا علی أنه عوض شرعی ملتزم، بل قد یحمل علیه ما

روی عن النبی (صلی الله علیه و آله) فی طرق العامه(۳)«من المسابقه بالقدم مع أشخاص ثلاثه علی شاه، فغلب الثلاثه و أخذ الشیاه الثلاث»

ملتزم به، و المراد من الخبر- علی السکون- لا عقد سبق، فإن السبق اسم لهذه المعامله، کالبیع و الصلح و الإجاره، و علی الفتح لا سبق إلا فی الثلاثه لعدم مشروعیه عقد السبق فی غیرها، و حینئذ یتحد المراد منها علی النسختین، و الإجماعات المزبوره إنما هی علی

ما ذکرنا من عدم مشروعیه عقد السبق فی غیر الثلاثه، و إن کان بغیر عوض ففعله حینئذ تشریع محرم، لا أن المراد حرمه مطلق المغالبه، و إن تعلق بها غرض صحیح، و دعوی أنها مطلقا لهو و لعب، و هما مطلقا حرام واضحه المنع، خصوصا بعد معروفیه مداعبه الصلحاء و مغالبتهم فی کثیر من الأمور، بل ربما عد مثلها عباده، و بذلک ظهر لک ما فی کلام من الأصحاب، و إنه غیر محرر، فإن جمله من کلماتهم تقتضی بأن محل البحث إیقاع عقد المسابقه، و جمله منها تقتضی بحرمه مطلق المغالبه بغیر الثلاثه، و إن لم یکن علی أنه عقد مسابقه، لأنها لهو و لعب و قمار، إلا أن التحقیق ما عرفت.

[الفصل الثالث فی عقد المسابقه و الرمایه]

الفصل الثالث: فی عقد المسابقه و الرمایه و هو یفتقر مضافا إلی ما یعتبر فی غیره من العقود من البلوغ و العقل و نحوهما إلی إیجاب و قبول کغیره من العقود بالنسبه إلی ذلک، و إلی جمیع ما یعتبر فی اللازم منها، بناء علی أنه منها من العربیه و المقارنه و نحو ذلک.

نعم الظاهر جریان المعاطاه فیه کغیره، بناء علی عموم مشروعیتها.

۱- ۱ المستدرک ج ص ۵۱۷.

۲- ۲ المغنی لابن قداحه ج ۱۱ ص ۱۲۷.

٣- ٣ المغنى لابن قداحه ج ١١ ص ١٢٧.

و قیل: و القائل الشیخ فیما حکی عنه و الفاضل فی محکی مختلفه هی جعاله فلا تفتقر إلی قبول، و یکفی البذل کما یکفی فیها قول من رد عبدی فله درهم و نحوه، و علی الأول: فهو لازم کالإجاره لعموم (۱)«أَوْفُوا» و(۲)

«و المؤمنون»

و الأصل و علی الثانی: هو جائز، شرع فیه أو لم یشرع کالجعاله و إن کان التحقیق خروجه عنهما معا، ضروره انتفاء جمله من خواص کل منهما فیه، منها- العوض، فإن الظاهر عدم اعتباره فیه، لإطلاق الأدله و عمومها، بل و قد وقع من رسول الله (صلی الله علیه و آله) بدونه.

قال الصادق (علیه السلام) فی خبر طلحه بن زید(۳)«أغار المشرکون علی سرح المدینه، فنادی فیها منادیا سوء صباحاه فسمعها رسول الله (صلی الله علیه و آله) فرکب فرسه فی طلب العدو و کان أول أصحابه و لحقه أبو قتاده علی فرس له، و کان تحت رسول الله (صلی الله علیه و آله) سرج دفتاه من لیف لیس فیه أشر و بطر، فطلب العدو فلم یلقوا أحدا، و تتابعت الخیل. قال: أبو قتاده: یا رسول الله إن العدو قد انصرف، فإن رأیت أن نستبق فقال: نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلی الله علیه و آله) سابقا ثم أقبل علیهم فقال: أن ابن العواتک من قریش إنه لهو الجواد البحر»

و منها عدم معلومیه السابق، و منها عدم رجوع العمل للجاعل إلی غیر ذلک مما یظهر بأدنی تأمل، علی وجه یقطع بخروج هذا العقد عنهما، و کونه عقدا برأسه، و ثانی الشهیدین و إن ذکر ذلک هنا احتمالا لکنه جزم بعد ذلک بخروجه عنهما، کالمحقق الثانی و علیه فرع

جمله من الأحکام الخارجه عنهما محتجا علیه بأنه عقد برأسه، بل لعل الأصحاب أجمع کذلک، و إن وقع من بعضهم کونه إجاره أو جعاله، إلا أن مرادهم کالأول فی اللزوم، و الاحتیاج إلی القبول، و کالثانی فی الجواز، و عدم الاحتیاج إلی القبول العقدی، لا أن المراد کونه فردا منهما، و لذا جعلوا له کتابا مستقلا علی نحو غیره من العقود، و أثبتوا له أحکاما لا توافق شیئا من العقدین کما هو واضح.

و علی کل حال فالدلیل علی عقدیته ذکر الأصحاب له فی نظمها، بل ظاهر المصنف فی النافع، و الفاضل فی المختلف بل و غیرهما المفروغیه من ذلک، و ان التردد إنما هو فی اللزوم و الجواز، و إن کان ظاهره هنا تفریع لزومه و جوازه علی عقدیته و عدمه، لکنه فی غیر محله،

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام السبق و الرمایه الحدیث- ۲.

ضروره کون کل منهما أعم من ذلک.

کما أن التردد فی الجواز و اللزوم بعد فرض عقدیته فی غیر محله، ضروره أن الأصل فی العقد اللزوم، لعموم «أَوْفُوا»(۱)و الاستصحاب الذی مقتضاه ذلک أیضا، و إن لم نقل بعقدیته، و ما فی المختلف «من أن المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل علی مقتضاه إن کان جائزا، و لیس المراد مطلق العقود، و إلا لوجب الوفاء بالجائزه» واضح الفساد ضروره ظهور الأمر بالوفاء بالشی ء التزامه و العمل به، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم و من

هنا کان طریقه الأصحاب حتی هو الاستدلال بها علی اللزوم، و إلا کان دورا واضحا و خروج العقود الجائزه منها للأدله، لا ینافی بقاء حجیتها فی الباقی.

و بذلک کله ظهر لک أنه لا إشکال فی اللزوم علی تقدیر عقدیته الذی قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور، بل و من أن ثبوت العوض فی ذمه المسبوق، مع فرض کون الإیجاب من السابق من الأمور التی لا تثبت إلا بالعقود، المعلوم کون موردها نحو ذلک بخلاف موارد الإنشاء، علی أنه علی فرض الشک فی کونه عقد أو غیره، فالأصل عدم ترتب الأثر بالإیجاب خاصه، و لا ینافیه إطلاق المسابقه بعد فرض الشک فیها، و فی الریاء بعد الفراغ من عقدیته قال: «و حینئذ الأجود الاستدلال علی اعتبار القبول أن یقال إن الوجه فیه ظاهر علی القول باللزوم، و کذا علی القول بالجواز، بناء علی أن لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق علی المسبوق لا یتأتی إلا علی اعتبار قبوله، إذ لولاه لأمکنه الامتناع من بذله بعد العمل، مدعیا عدم رضاه بالإیجاب، و لعله خلاف الإجماع، بل العوض لازم علیه بهذا العمل کالجعاله بلا خلاف، و لا یتم ذلک إلا بالإجماع لکن هذا إنما یجری لو کان السابق هو الموجب، و لو انعکس أمکن عدم الاحتیاج إلی القبول کالجعاله، و إلا أنه یمکن التعمیم بعدم القول بالفصل فتأمل».

و فیه، أولا: أنه لا حاجه إلی هذا الاستدلال، بعد فرض معلومیه کونه عقدا، لما هو معلوم من أنه المرکب من الإیجاب و القبول، سواء کان جائز أو لازما.

و ثانیا: أن المراد اعتبار القبول العقدی، و اللزوم بعد العمل یمکن أن یکون لحصول الرضا، و إن لم یکن علی جهه القبول العقدی کالجعاله:

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

كما أن ما فيه أيضا- بعد تسليم اللزوم فى هذا العقد، بمعنى عدم جواز الامتناع من بذل العوض بعد تمام العمل لما فى ذلك من الضـرر على السـابق بتضـييع عمله المحترم الـذى لم يقع إلاـ برضـاه، بـدفع العوض عنه «من منع اللزوم بمعنى وجوب العمل عليه ابتداء، و عدم جواز الفسخ قبله أو بعده قبل التمام، للأصل، و لأنه إنما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق، إذ لا معنى لقوله من سبق فله كذا غير ذلك و هو غير الالتزام بنفس العمل فى العوض فى بدو الأمر بل حالها حينئذ كالجعاله، فلكل منهما فسخها ابتداء، أو فى الأثناء، و لكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذى عيناه-».

لا يخلو من نظر أيضا، ضـروره عـدم الـدليل على أن كيفيه العقـد ما ذكره، بل لعل الظاهر خلافه، و أن ذلك يذكر بعد إنشائهما الاـلتزام بالمسـابقه و المرامـاه الـذى مقتضـاه وجوب فعـل ذلك منهما كما هو مقتضـى العقود اللازمه، و كأنه لا خلاف فيه، قال الفاضل فى القواعد و على اللزوم يجب البدء بالعمل، لا بتسليم السبق، و فى جامع المقاصد فى شرح ذلك: «الظاهر أنه لا خلاف فيه».

بـل لاـ يخفى على من تأمل غير ذلك من كلماتهم خصوصا القواعـد و التـذكره و جامع المقاصـد أنه لا إشـكال على اللزوم فى وجوب العمل، و عـدم جواز الفسـخ، بل يظهر من القواعـد و غيرها التوقف فى الفسخ على الجواز فى بعض الصور، قال فيها بعد أن اسـتقرب الجواز- فلكـل منهمـا فسـخه قبـل الشـروع، و يبطـل بموت الرامى و الفرس و لو مـات الفارس فللوارث الإتمام على أشـكال، إلى أن قـال: و إن كـان بعـد الشـروع و ظهور الفضـل، مثـل أن يسـبق بفرسه فى بعض المسافه أو يصـيب بسـهام أكثر، فللفاضل الفسخ لا المفضول على أشـكال، بل فى جامع المقاصد «إن الأصح عدم الجواز» و هو مقرب التذكره، لأن ذلك يؤدى إلى سد باب المسابقه، إذ متى ظهرت أمارات الغلبه لأحدهما فسخ الآخر، و إن كان هو كما ترى بعد استصحاب بقاء الجواز.

نعم ربما كان ذلك مؤيدا للقول باللزوم من الأصل، ثم لا يخفى عليك ما فى قوله للوارث الإتمام، إذ لا ريب فى الانفساخ على اللزوم، فضلا عن الجواز، ضروره كون المغالبه وقعت بين الشخصين، لا ورثتهما فهو كالمستأجر المشترط عليه المباشره.

و دعوى- أن المراد بالمسابقه امتحان الفرس، لا الفارس و بذلک افترق عن المراماه و انفسخت بموت الفرس- واضحه المنع كوضوح فساد أصل الحكم، خصوصا بعد ملاحظه قصور الوارث عن ذلک، لكونه طفلا أو أنثى أو نحو ذلک، و دعوى استنابه غيرهم فى ذلک كما ترى، و بذلک كله بأن لک بحمد الله تعالى الحال فى جميع أطراف المسأله.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يصح أن يكون العوض عينا أو دينا على حسب غيره من المعاملات لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص

«ما وقع من النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)من بذل النخلات و الأواقى من الفضه.»

نعم ستعرف فيما يأتى أنه يعتبر فى ملكه- العمل على وجه يكون جزء السبب، فلا يصح ضمانه لو كان دينا قبله و لا الرهن عليه- أولا يعتبر ذلک، و إنما هو شرط كاشف و السبب العقد، و إن أطلق فى المسالک هنا ضمانه و الرهن عليه و الأمر سهل.

و إذا بذل السبق غير المتسابقين صح إجماعا من المسلمين- إذا كان الإمام و مطلقا- من المؤمنين، خلافا لبعض العامه فخص جوازه بالإمام، لأنه له النظر فى الجهاد، و ضعفه واضح، إذ هو و مقدماته مرغب فيه مطلقا.

و إذا بذله أحدهما أو هما صح عندنا، و لو لم يدخل بينهما محلل خلافا لبعض العامه- أيضا، فلم يجوزه من أحدهما خاصه، معللا له بأنه قمار، و هو كالاجتهاد فى مقابله النص الذى منه الإطلاق و العموم و لابن الجنيد فلم يجوزه منهما من دون دخول محلل، لخبر عامى لا يصلح لمعارضه إطلاق الأدله و عمومها.

و لو بذله الإمام من بيت المال جاز بلا خلاف و لا إشكال لأن فيه مصلحه للإسلام و المسلمين، و هى مصرفه و لو جعلا السبق للمحمل بانفراده

إذا سبق جاز أيضا لإطلاق الأدله و عمومها، فلا يستحق أحدهم شيئا إذا سبق بل يكون السبق لباذله، لعدم حصول السبق ممن بذل له، و كذا لو سبق أحدهما و المحلل إذا كان الشرط سبق المحلل لهما نعم لو كان الشرط سبقه و لو لأحدهما استحق حينئذ.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام السبق و الرمايه.

و كذا يجوز لو قيل: من سبق منا أى الثلاثه فله السبق، عملا بإطلاق الإذن فى الرهان المقتضيه جواز ذلك و غيره، و يرجع فى معناه إلى العرف كما تسمع فى نظائره.

و كيف كان ف تفتقر المسابقه إلى شروط خمسه: الأول تقدير المسافه ابتداء و انتهاء للغرر، و لأنه مع عدم تعيين الغايه قد يديمان السير فتهلك الدابه و لأن من الخيل ما يقوى سيره فى ابتداء المسافه، ثم يأخذ بالضعف، و هو عتاق الخيل و منها بالعكس، و هو هجانها، و صاحب الأول يريد قصر المسافه و الآخر يريد طولها، فيؤدى عدم التعيين حينئذ إلى النزاع المعلوم من الشارع إراده حسمه، فعلى هذا لا يجوز استباقهما، بل و بدون غايه المعرفه أيهما يقف.

و الثانى: تقدير الخطر بعد معرفه جنسه، للغرر فى المجهول و إثاره النزاع. نعم قد يجى ء على القول بأنها جعاله جواز جهالته فى بعض الوجوه، كما أنه لا إشكال فى اعتبار معلوميته بناء على أنها إجاره، و إن كان التحقيق خلافهما، و أنها عقد مستقل يشارك كلا منهما فى بعض الأمور، و ينفرد عنهما بأمور أخر.

و الثالث: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهده، لأن المقصود امتحان الفرس و ذلك يقتضى تعيينه، بل لا يكفى الوصف حينئذ، و إن كفى فى السلم الذى يراد به الكلى لا الشخصى.

و الرابع: تساوى ما به السباق فى أصل احتمال السبق و إن رجح فى أحدهما فلو كان أحدهما ضعيفا تيقن قصوره عن الآخر لم يجز لعدم الاستعلال فيه حينئذ.

لكن لا يخفى عليك المناقشه فى دليل كثير منها، أو جميعها كما تسمعه فى الشرائط الآتيه، اللهم إلا أن يكون إجماعا كما عساه يظهر من نفى الخلاف من بعضهم، و إن كان هو كما ترى.

الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل فلو جعل لغيرهما لم يجز بلا خلاف للأصل بعد الشك فی تناول إطلاق الأدله له و لما قيل: من أنه مفوت للغرض من عقد المسابقه و هو التحريص فی طلب الغلبه و بذلک الجهد فی الفروسيه و نحوها، و إن كان لا يخلو من مناقشه.

نعم لو جعل للمسبوق فات الغرض، بسبب اقتضاء ذلک حرص كل واحد منهما على كونه مسبوقا، فيفوت الغرض.

بل فی المسالک «و كذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق، و يجوز العكس لحصول الغرض فی الجمله بالنسبه إلى الزياده، كما يجوز جعلها خاصه عوضا».

و لكن قد يناقش بالشک فی تناول إطلاق الأدله له إن لم يكن ظاهرها خلافه، و الأصل الفساد.

و زاد فی محکی التذكره سادسا: و هو تساوی الدابتين جنسا، فلا يجوز المسابقه بين الخيل و البغال مثلا لأنه مناف للغرض من استعلام قوه الفرس بالسباق مع جنسها و مرجعه إلى الأصل السابق بعد فرض الشک فی تناول الإطلاق له، بل يمكن استفادته أيضا من المتن.

نعم يمكن منع الشک المزبور مع حصول احتمال سبق كل منهما، أما لو تساويا جنسا لا صنفا كالعربی و البرذون و البختی و العربی، فالأقوى الجواز مع فرض تحقق الاحتمال المزبور، لتناول الإطلاق.

و سابعا: و هو إرسال الدابتين دفعه، لمنافاه الغرض مع عدمه إذا ربما كان السبق مستندا إلى إرسال أحدهما أولا.

و فيه: أنه يتبع الشرط و لذا لا يشترط التساوی فی الموقف، كما ستعرف، نعم يعتبر معرفه مقدار ذلک مع فرض الاشتراط تخلصا عن الجهاله المفضيه إلى التنازع مع احتمال الاكتفاء فی تحقق السبق من أحدهما.

و ثامنا: و هو أن يستبقا على الدابتين فی الركوب، فلو عقدا على إرسال الدواب بنفسها كان باطلا.

و فيه: أنه خروج عن موضوع السبق لا أنه من شروطه.

و تاسعا: و هو أن يجعلا المسافه بحيث يحتمل الفرسان قطعها و لا ينقطعان دونها، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلا بانقطاع أو تعب شديد بطل العقد.

و عاشرا: و هو أن يكون مورد العقد ممن يستعد للقتال فلا يجوز السبق و الرمى للنساء لأنهن لسن من أهل الحرب.

و فيه: منع، خصوصا فى مثل الصبيان بعد العقد من أوليائهم.

و الحادى عشر: العقد المشتمل على أركانه المعتبره فيه، و فيه أن نحو ذلك ليس من الشرائط، على أن الظاهر الإكتفاء فيه بالمعاطاه، و قد تقدم فى كلام المصنف ما يدل عليه.

و الثانى عشر: عدم تضمن العقد شرطا فاسدا، فلو قال: إن سبقتنى فلك هذه العشره، و لا أرمى بعد هذا أبدا، أو لا أنا ضلك إلى شهر بطل، لأنه شرط ترك قربه مرغب فيها، ففسد و أفسد.

و فيه أولا: أنه ليس من الشرائط.

و ثانيا: منع عدم صحته و بذلك كله ظهر لك الحال فى أكثر هذه الشرائط، و أنه لا دليل عليها بالخصوص، و كأن كثيرا منها موافق لمذاق العامه، و التحقيق ما عرفت من صحه ما يفهم من الأدله منها، و ما يشك فى شرعيه العقد الفاقد لها منها، لأنه الأصل الفساد، و إلا فإطلاق الأدله ينفيه، هذا.

و فى القواعد و ليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرسا آخر يحرصه على العدو، و لا يصيح به فى وقت سباقه و لعله

للنبوى المرسل (۱)«لا جلب و لا جنب»

لكن عن نهايه ابن الأثير الجلب هو أن يتبع الرجل فرسه فيزجره، و يجلب عليه و يصيح حثا له على الجرى، و الجنب بالتحريك أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه، فإذا افتر المركوب تحول إلى المجنوب فنهوا عنهما، و هو غير ما فى القواعد، بل قد يتوقف فى أصل الحكم، لعدم ثبوت دليله، بل لعل إطلاق الدليل يقتضى خلافه، خصوصا مع التصريح باشتراط نحو ذلك منهما و الله العالم.

۱- ۱ جامع الصغير للسيوطى ج ۲ ص ۲۰۲.

و على كـل حال ف هل يشترط التساوى فى الموقف؟ قيل: نعم لفوات الغرض الـذى هو معرفته الفرس و الفارس و الأظهر أنه لا يشترط بعد فرض احتمال السبق، لأنه مبنى على التراضى فيشمله إطلاق الأدله(۱)و

«المؤمنون عند شروطهم»

و إلى هذا يرجع الشرط السابع كما أومأنا إليه سابقا، هذا كله فى السبق.

و أما الرمى فيفتقر إلى العلم بأمور سته و البحث فيها نحو ما عرفته فى السـبق الأول الرشق بكسـر الراء الـذى قـد عرفت أنه عـدد الرمى، إذا لو لم يعين أمكن أن يطلب المبسوط تعدد الرمى حتى تحصل الإصابه، و يمتنع الآخر، فيفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارع خلافه.

و لكن قـد تقـدم لنـا فى المبـادره مـا يسـتفاد منه عـدم اشتراط ذلك، مع فرض كون الشـرط الإصابه مع التساوى فى الرمى، فمع فرض حصولها من أحدهما فى المرتين أو الثلاث فهو ناضل للآخر.

و الثانى عـدد الإصابه كخمس من عشـرين رميه، لأن الاسـتحقاق، و بيان حذق الرامى بها، فلو عقدا على أن يكون الناضل منهما أكثرهما أصابه من غير بيان العدد لم يصح، كما لو جعل السـبق على الخيل، لا إلى غايه، و ظاهر المسالك الإجماع عليه، فإن تم كان هو الحجه، و إلا فإطلاق الأدله يقتضـى الجواز مع فرض ضـبط عـدد الرمى، بل لعل ذلك قسم من المحاطه، قيل: و أكثر ما يجوز اشتراطه من الإصـابه مـا نقص عن عـدد الرمى المشـروط بشـى ء و إن قـل، ليكون تلافيا للخطإ الـذى يتعـذر أن يسـلم منه المتناضـلون، و أحذق رماه من أصاب تسـعه من عشـره، فلو شرطاها كذلك جاز، لبقاء سهم الخطأ، و ربما قيل: بعدمه لندوره، و أقل ما يشترط من الإصابه ما يحصل به التفاضل، و هو ما زاد على الواحد.

و فيه: أن الإطلاق يقتضى جواز اشتراطها فى جميع العدد المشروط أيضا.

و الثالث صفتها (۱۱) من خزق أو خرق و غيرهما من الصفات للغرر مع عدمه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۳.

و فيه: أن الإطلاق يقتضى جواز اشتراط مطلق الإصابه التى هى قدر مشترك بين الجميع.

و الرابع معرفه قدر المسافه التى يرميان منها بالمشاهده، أو ذكر المساحه، إلا أن يكون عاده ينصرف إليها الإطلاق فتكفى حينئذ عن ذلك.

نعم يعتبر فيها احتمال الإصابه و لو نادرا على الأقوى، فلو عينا مسافه يعلم عدم اصابتهما أو أحدهما فيها لم يصح.

و الخامس الغرض الذى هو المقصود بالإصابه، فلا بد من العلم بموضعه من الهدف ارتفاعا، و انخفاضا، و قدره بالنسبه إلى الضيق و السعه، و لعل مشاهدته تكفى عن ذلك.

و السادس السبق حذرا من الغرر و الجهاله المفضيه إلى النزاع المعلوم من الشارع إراده رفعه، لا ثبوته، لكن الظاهر عدم اعتباره فى الصحه.

نعم حيث يشترط يجب معرفته بما يرتفع معه النزاع و لا دليل على اعتبار أزيد من ذلك.

و كذا يفتقر الرمى إلى العلم ب تماثل جنس الآله من كون القوس مثلا عربيا أو فارسيا، لاختلاف الرمى باختلاف ذلك، فهو حينئذ بمنزله تماثل حيوان السبق، و إنما فصله عن الشرائط السابقه، لأنه إنما يفتقر إليه فى العقد لا مما يجب أن يعلم بخلافها، لكن قد عرفت فيما مضى عدم الدليل على اشتراط نحو ذلك، مع احتمال الإصابه، بل إطلاق الأدله يقتضى خلافه، و لذلك قيل هنا لا يشترط التعيين، و لا يضر اختلاف النوع، و يجوز إطلاق العقد، مجردا عنه، و إنما يتم مع اشتراطه.

ثم إن كان هناك عرفت تعين حمل الإطلاق عليه، و إلا كان لهما الخيار فيما يتفقان عليه، و فى المسالك «هذا هو الأقوى» و حيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشترط،

لعموم «المؤمنون»

إلا برضا صاحبه فيجوز حينئذ، لأن له إسقاط حقه.

و فى اشتراط تعيين أحد القسمين أى المبادره و المحاطه فى عقد الرمايه تردد (١١) بل و خلاف و لكن الظاهر أنه لا يشترط (١٢) لانصراف إطلاق

العقد إلى المحالطه على الأشهر، كما قيل: إذا اشتراط السبق إنما يكون لإصابه معينه من أصل العدد المشترط فى العقد، و ذلك يقتضى إكمال العدد كله، ليكون الإصابه المعينه منه، فإنهما إذا عقدا على أن من أصاب خمسه من عشرين كان له كذا، فمقتضاه رمى كل منهما العشرين، و إلا لم يتحقق كون الخمسه التى حصلت الإصابه بها من العشرين، و ذلك هو معنى المحاطه إذ المراد بها خلو إصابه الخمسه من رمى العشرين لواحد، و لأنها أجود فائده فى الرمى باعتبار إكمال العدد غالبا.

و قيل: يحمل على المبادره لأنها الغالب فى المناضله و لأن المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عددا معينا استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف.

و على كل حال لا وجه للاشتراط بعد فرض الانصراف المزبور، نعم لو فرض عدم انصراف الإطلاق اتجه الاشتراط حينئذ للغرر، و تفاوت الأغراض و الرماه فإن منهم من يكثر الابتداء و يقول فى الانتهاء، و بالعكس و عن الفاضل فى التذكره اختياره و استجوده فى المسالك، و الأقوى الأول.

و كذا لا يشترط تعيين شخص القوس و السهم لإطلاق الأدله بل قيل: لو عينه لم يتعين، و عن التذكره بل يفسد العقد بذلك، كما فى كل شرط فاسد، و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم كونه من الشرط المخالف، فالأقوى لزومه مع الاشتراط، و إن كان اشتراطه غير معتبر فى صحه العقد،

لعموم «المؤمنون»

و لا مكان تعلق الغرض بذلك، و عدم اعتباره فى الصحه لا يقتضى فساده كما هو واضح.

[الفصل الرابع فى أحكام النضال]

اشاره

الفصل الرابع: فى أحكام النضال الشامل للسبق على ما عرفته سابقا و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا قال أجنبى لخمسه مثلا من سبق فله خمسه فتساووا فى بلوغ الغايه فلا شى ء لأحدهم]

الأولى: إذا قال أجنبى لخمسه مثلا من سبق فله خمسه فتساووا فى بلوغ الغايه، فلا شى ء لأحدهم بلا خلاف و لا إشكال لأنه لا سبق لأحدهم كما لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو سبق أحدهم كانت الخمسه له لتحقق الوصف فيه دون غيره، و

أما إن سبق اثنان منهم ففى المتن و عن جماعه كانت الخمسه لهما بالنصف دون الباقين و كذا لو سبق ثلاثه أو أربعه بالثلث أو الربع موزعه على الرءوس، لظهور كون المراد بذل الخمسه لا غير لمن حصل له الوصف المزبور متحدا أو متعددا، خصوصا مع تشخصها، بل مع فرض منع الظهور بلا إشكال فى الاحتمال و الأصل براءه الذمه من وجوب دفع الزائد، فيقتسمها السابقون.

و قيل: يستحق كل واحد منهم خمسه، و اختاره فى جامع المقاصد، و تبعه فى المسالك، لأن (من) للعموم الذى هو بمعنى كل فرد، بل الحكم فى جميع القضايا الكليه كذلك، على أن لفظ (من) مفرد، بدليل عود الضمير إليها كذلك فهى بمعنى أى فرد، و لأن العوض فى مقابل السبق و قد وقع من كل واحد، فيستحق كل منهم كمال العوض و قد صرح المصنف و الفاضل فى كتاب الجعاله باستحقاق كل واحد الدراهم فى نحو قوله من دخل دارى فله درهم فدخلها جماعه لأن كل واحد منهم قد دخل دخولا كاملا، و لا يقدح فى ذلك عدم معرفه العوض حينئذ لعدم معرفه السابقين، لأن المعتبر العلم بأصل القدر فى الجمله و لذا جاز من سبق فله كذا، و من صلى فله كذا.

و قد يناقش بأن مقتضى عموم الإفراد الذى هو بمعنى، لكل واحد سابق، عدم استحقاق واحد منهم شيئا مع التعدد، ضروره عدم صدق الواحد السابق على الجميع عليه، و قد اتفق القولان على عدمه، فليس المراد حينئذ إلا العموم فى (من) باعتبار الصله الذى هو بمعنى كل سابق، الشامل للمتحد و المتعدد، إما لدعوى ظهوره فى ذلك، أو لأنه كذلك بعد انتفاء الأول، و هذا لا يتم إلا بملاحظه كون السابق المجموع ضروره كونه هو الذى تحقق فيه السبق المطلق بخلاف كل فرد، فإنما المتحقق فيه مطلق السبق الشامل للإضافى الذى تحقق صدق السبق معه ليس بأولى من صدق عدمه، بخلاف المجموع، فإنه يصدق اسم السبق المطلق عليه، و لا يصح عدم صدق السبق عليه، و بذلك افترق ما نحن فيه عن نحو من دخل دارى، و كان نحو من رد عبد و قد اشترك فى رده جماعه، و صح كلام الشيخ و المصنف و الفاضل فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

و منه يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف فيما لو قال: من سبق فله درهمان و من صلى فله درهم حيث قال فلو سبق واحد أو اثنان، أو أربعه فلهم الدرهمان و لو سبق واحد، و صلى ثلاثه و تأخر واحد كان للسابق درهمان، و للثلاثه درهم، و لا شى ء للمتأخر و لو سبق ثلاثه مثلا و صلى واحد و تأخر واحد كان الدرهمان للثلاثه و للمصلى درهم، و لا شى ء للمتأخر، إذ ذاك كله مبنى على ما عرفت، و حينئذ يكون للمصلى أكثر من السابق فى الفرض الأخير.

و من هنا قال فى المسالك تبعا لجامع المقاصد: «هو خلاف الأمر المعتبر فى العقد، فإنه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد مما يجعل للمصلى، فلو ساوى بينهما لم يصح، فما زاد أولى» و من ثم احتمل البطلان هنا لفوات الغرض ثم قال: ورد بأن استحقاق الزياده باعتبار التفرد بالوصف، لا- باعتبار جعل الفاضل للمتأخر، و فيه نظر لمنافاه الغرض المقصود على التقديرين و على ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعين حينئذ يرتفع الإشكال، لأنه لا يتحقق معه مساواه المصلى للسابق فضلا عن رجحانه عليه».

قلت: قد عرفت سابقا ما فى أصل اشتراط زياده السابق، على أنه بناء على ما ذكرناه لا إشكال أيضا، إذ هو المجموع لا كل واحد فهو أكثر من المصلى.

[المسأله الثانيه لو كان المتراهنان اثنين و أخرج كل واحد منهما سبقا و أدخلا محللا فله السبقان]

المسأله الثانيه: لو كان المتراهنان اثنين مثلا و أخرج كل واحد منهما سبقا و أدخلا محللا، و قالا: أى الثلاثه سبق فله السبقان، فإن سبق أحد المستبقين كان السبقان له بلا خلاف و لا إشكال على ما اخترناه من جواز جميع صور بذلك السبق.

و كذا لو سبق المحلل لحصول الوصف فيه و لو سبق المستبقان كان لكل واحد منهما مال نفسه، و لا شى ء للمحلل لكن قد يشكل بأنه بناء على ما ذكرناه سابقا يشتركان فى المالين، لا أنه يكون لكل واحد منهما مال نفسه، و قد يدفع بأن المعهود من عوض السبق إذا كان من المتسابقين أن يبذله المسبوق إذا سبق و لم يسبق فى الفرض أحدهما، فلا وجه لأخذ العوض منه مع كونه سابقا.

و كـذا الحال فيما لو سـبق أحـدهما و المحلل، كان للسابق مال نفسه لأنه لم يسـبقه أحد، و نصف مال المسـبوق، و نصـفه الآخر للمحلل لاشتراكهما فى.

صفه السـبق له، لكن قـد يشـكل بعـدم تنـاول مفروض العبـاره لسـبق ما زاد على الواحـد، و فيتجه حينئـذ عـدم اسـتحقاق شـى ء للمركب، اللهم إلا أن يقال: بصدق سبق الواحد منهم و لو شاركه غيره، أو يقال: إن المراد أى الثلاثه و لو المركب فتأمل.

و لو سـبق أحـدهما و صـلى المحلـل كـان الكـل للسـابق عملاـ بالشـرط خلافا لما عن بعض العامه من كون مال المسـبوق الآخر للمحلل الذى هو سابق عليه و إنما يحرز السابق مال نفسه، و هو غلط واضح.

و كذا لو سـبق أحد المستبقين، و تأخر الآخر و المحلل، و كذا لو سبق أحدهما و صلى الآخر و تأخر المحلل خلافا لما عن ذلك البعض من العـامله فللسـابق سـبق نفسه، و للمسـبوق الثـانى سـبق نفسه أيضـا، لأنه سابقا المحلل و لا شـى ء للمحلل، و لو تساووا جميعا فى الوصول إلى الغايه أحرز كل منهما مال نفسه و لا شى ء للمحلل، و ذلك كله واضح.

[المسأله الثالثه إذا شرطا المبادره و الرشق عشرين و الإصابه خمسه فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمسه فقد تساويا فى الإصابه و الرمى]

المسأله الثالثه: إذا شرطا المبادره، و الرشق عشرين، و الإصابه خمسه مثلا فرمى كل واحد منهما عشره، فأصاب كل واحد خمسه، فقـد تساويـا فى الإصـابه و الرمى فلا يجب إكمال الرشق، لأنه يخرج عن المبادره التى قـد عرفت أنها اشتراط العوض، لمن بـدر إلى إصابه عـدد معين، من مقدار رشق معين، مع تساويهما فيه، أو أعم من ذلك، و حينئذ فإذا رميا رشـقا و تساويا فى إصابته لم يتحقق السبق، و لو وجب الإكمال لرجاء السبق فى الباقى، خرج عن موضوع المبادره إلى المحاطه، و هو خلاف المفروض.

و كذا لا يجب الإكمال فيما لو رمى كل واحد منهما عشره، فأصاب أحدهما خمسه، و الآخر أربعه، فقد نضله صاحب الخمسه و حينئذ ف لو سأل (۱۱) صاحب الأربعه إكمال الرشق لم يجب (۱۲) لحصول المبادره، و إلا خرج عن موضوعها.

أما لو شرطا المحاطه، فرمى كل واحد منهما عشره، و أصاب خمسه، تحاطا خمسه بخمسه، و أكملا الرشق رجاء لحصول السبق، لأن مقتضى المحاطه ذلك على ما عرفت من تعريفها.

و كذا لو أصاب أحدهما من العشره تسعه و أصاب الآخر خمسه تحاطا خمسه بخمسه، و أكملا الرشق رجاء لحصول السبق فيما بقى و لو تحاطا، فبادر أحدهما إلى إكمال العدد الذى اشترط الإصابه فيه فإن كان مع انتهاء الرشق منهما فقد نضل صاحبه لحصول الفراغ من العقد و إن كان قبل انتهائه، فأراد صاحب الأقل إكمال الرشق نظر، فإن كان له فى ذلك فائده، مثل أن يرجو أن يرجح عليه كما لو رمى كل منهما عشره، فأصابها أحدهما و أصاب الآخر منها خمسه فإن صاحب الأقل يرجو إصابه العشره أجمع، و خطأ صاحبه له، فينضله حينئذ و يكون الخطر له، لأنه بعد التحاط يحصل له إصابه الخمسه المفروض اشتراطها فى عدد العشرين أو يساويه كما لو فرض فى المثال خطأ أحدهما للعشره، فإنه يرجو بالإكمال إصابه العشره الباقيه، و خطأ الآخر له، فيساويه و يتحاطان و لا يستحق أحدهما على الآخر شيئا أو يمنعه أن ينفرد بالإصابه، بأن يقصر بعد المحاطه عن عدد الإصابه كما لو فرض إصابه الاثنين من العشره التى أصابها أجمع صاحبه، فيرجوا بالإكمال إصابه العشره الباقيه له، و خطأ الآخر فيتحاطان عشره بعشره و يبقى اثنان له و لا يستحق أحدهما على الآخر شيئا فمتى كان كذلك أجبر صاحب الأكثر على الإكمال و إن لم يكن له فائده (۱۱) لأنه مغلوب على كل حال لم يجبر (۱۲) صاحب الأكثر على الإكمال كما إذا رمى أحدهما خمسه عشر فأصابها و رمى الآخر فأصاب منها خمسه، فيتحاطان خمسه بخمسه (۱۳) و يبقى لأحدهما عشره فإذا أكملا فأبلغ ما (۱۴) يفرض أنه يصيب (۱۵) ها صاحب الخمسه ما تخلف و هى خمسه و يخطئها صاحب الأكثر، فيجتمع لصاحبه الخمسه (۱۶) حينئذ عشره فيتحاطان عشره بعشره، و يفضل لصاحب الأكثر خمسه فلا تظهر للإكمال فائده (۱۷) و هو واضح كوضوح مما يتصور هنا من نحو ذلك.

[المسأله الرابعه إذا تم النضال ملک الناضل العوض]

المسأله الرابعه: إذا تم النضال ملک الناضل العوض بلا خلاف و لا إشکال لأنه مقتضی العقد المحکوم بصحته شرعا، بل لا یبعد دعوی الکشف هنا، لما عرفته غیر مره فی نظائره، و إن کان هو خلاف ظاهر المتن و غیره، إلا أن سببیه العقد المعلومیه من النص و الفتوی تقتضی بما ذکرناه، بل لعل التدبر فی عباره المسالک یقتضی بذلک قال «و کأن السر فی تعلیق الملک علی تمامیه النضال أن العقد و إن کان لازما، إلا أن الملک لا یعلم لمن هو قبل تمامه، لاحتمال السبق من کل منهما و عدمه، فإذا تحقق السبق علی وجه من الوجوه فقد تم النضال، سواء أکمل الرشق أم لا، و تحقق الملک للسابق و قبل ذلک لا یحصل بخلاف الإجاره».

و هو ظاهر فیما قلناه، یتوجه صحه ضمانه، و صحه الرهن علیه کما صرح به فی القواعد، و إن قلنا بجواز العقد، و إلا أشکل ذلک، ضروره أنه بناء علی اعتبار العمل فی ثبوته، یکون ضمانه من ضمان ما لم یجب، و إن قلنا بلزومه، إذ هو لا یجدی محله، لما عرفت فی محله أن التحقیق کون المدار الثبوت فی الذمه سواء کان بعقد جائز أو لازم.

إنما الکلام فی توقف ثبوته فی الذمه علی العمل، و لا ریب فی أنه علیه یتوجه ما عن التذکره من حکایته الإشکال فیه عن بعض الفقهاء.

بل فی جامع المقاصد أن هذا الإشکال واضح بین، و لا مدفع له إلا ما ذکرناه، و لا یقدح فیه عدم حصول وصف السبق حال العقد، إذ لا مانع من اقتضائه الملک حاله لمن یتصف بالسبق بعده، بناء علی أن السبق شرط کاشف.

و علی کل حال ف له التصرف فیه بعد تمامیه النضال کیف شاء و له أن یختص به و له أن یطعمه أصحابه لعموم

«الناس مسلطون علی أموالهم(۱)»

و غیره و لو شرط فی العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحته لعموم (۲)«أَوْفُوا»

و «المؤمنون»(۳)

خلافا للمحکی عن الشیخ فی أحد قولیه من البطلان للشرط و العقد، لأن عوض العمل یجب أن یکون للعامل، کالإجاره، فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه.

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲.

۲- ۲ سوره المائده الآیه ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۲.

و رده‌ه فی المسالک بأن إلحاقه بالإجاره قیاس مع الفارق، لما عرفت أنه لیس علی نهجها مطلقا، بل و لا علی نهج المعارضات لصحه البذل فیه من الأجنبی الذی لم یصل إلیه شی ء من العوض الآخر، فإذا دل علی صحته دلیل عام کما ذکرنا لم یقدح فیه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغایرته له من وجوه، و نحوه فی جامع المقاصد.

قلت: إن کان المراد بالشرط التزام صرف ما هو ملکه بالعقد فی مصرف خاص فلا یقدح فی الإجاره فضلا عن غیرها، و إن کان المراد اشتراط ذلک علی وجه یکون المستحق بالعقد غیر المتسابقین، فقد تقدم سابقا اعترافه بأن من شرائط صحه العقد کون العوض و لو من أجنبی لأحد المتسابقین، و أنه لا یجوز لأجنبی، و یمکن أن یکون المراد اشتراط إطعامه لحزب المسبوق منهما فیما إذا کان عقد المراماه بین حزبین، کما تسمعه فی المسأله السابعه، و وجه البطلان حینئذ أنه رجوع إلی اشتراطه للمسبوق و قد عرفت جوازه، و الصحه للعمومات، و کون الحزب غیر المسبوق.

[المسأله الخامسه إذا فسد عقد السبق لم یجب بالعمل أجره المثل]

المسأله الخامسه: إذا فسد عقد السبق بسبب کون العوض خمرا مثلا أو مجهولا أو بنحو ذلک مما هو من شرائط صحه العقد لم یجب بالعمل أجره المثل وفاقا للمحکی عن الشیخ و یسقط المسمی لا إلی بدل لظهور فساد العقد الذی تضمنه، لأنه لم یعمل له شیئا، و لا استوفی منفعه عمله، إذ نفع سبقه راجع إلیه بخلاف الإجاره و الجعاله الفاسدتین، الراجع نفع العمل فیهما إلی المستأجره و الجاعل.

و لکن فی القواعد و جامع المقاصد و محکی التذکره أن له أجره المثل، بل یجب أجره مثل عمله، و هو مجموع رکضه لا قدر ما سبق به، لأنه سبق بمجموع عمله، لا بذلک القدر لقاعده «ما یضمن بصحیحه» و لا ینافیه عدم حصول النفع له، فإن القراض الفاسد یجب فیه أجره المثل، و إن لم یحصل نفع بالعمل للمالک.

و أشکله فی المسالک بأن الالتزام لم یقع إلا علی تقدیر العقد الصحیح و الأصل براءه الذمه من وجوب غیر ما وقع علیه العقد، و الفرق بینه و بین ما تجب به أجره المثل من العقود واضح، لا من جهه ما ذکروه من رجوع نفع عمل العامل إلی من یخاطب بالإجاره حتی یرد علیه مثل العمل الذی لا یعود علیه نفع فی القراض، بل لأن تلک العقود اقتضت أمر العامل بعمل له

أجره فی العاده، فإذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص، بقی أصل الأمر بالعمل الموجب لأجره المثل، بخلاف هذا العقد، فإنه لا یقتضی أمرا بالفعل، فإن قوله سابقتک علی معنی أن من سبق منا فله کذا، و نحو ذلک من الألفاظ الداله علی المراد لیس فیها أمر، و لا ما یقتضیه بفعل له أجره، و الأصل براءه الذمه من وجوب غیر ما فی العقد، و قاعده «ما یضمن» لا دلیل علیها کلیه، بل النزاع واقع فی مواردها، فکل ما لا إجماع و لا دلیل صالح یدل علی ثبوت شی ء فیه، فالأصل یخالف مقتضی القاعده، نعم لو اتفق وقوع العقد بصیغه تقتضی الأمر بالفعل و جوزناه اتجه وجوب أجره المثل، إلا أن هذا خارج عن وضع الصیغه المعهوده و إنما یتم حیث لا نخصه بعباره، بل کل لفظ یدل علیه کالجعاله.

و هو من غرائب الکلام ضروره أنه لا مدخلیه للفظ الأمر المقصود به إنشاء العقد فی وجوب أجره المثل، بعد فرض فساد العقد، و إنما المقتضی لها عدم کون العمل متبرعا به، و الأصل ضمانه، لأن عمله کماله، و هو فی الجمیع حاصل، و إن فرض عدم اعتبار وصول النفع إلیه، علی أنه لا فرق عند التأمل فی أصل الضمان بین ذلک، و بین ما ذکره المصنف و غیره، بل ظاهرهم عدم الخلاف فیه، من أنه لو کان السبق مستحقا وجب علی الباذل مثله أو قیمته ضروره اشتراک الجمیع فی فساد العقد من الأصل، و کون الأخیر صالحا للصحه لو أجاز المالک لا یقتضی فرقا فی الحکم المزبور.

و منه یظهر أن المتجه فیه أیضا وجوب أجره المثل لما عرفت، دون مثل المسمی أو قیمته، لعدم وجوب المسمی حتی یتجه ضمانه بذلک، لأن الفرض الفساد من الأصل، و القرب من المسمی الثابت لا یقتضی ضمانه، بعد فوات ما یقتضی لزوم المسمی، کما أن ثبوت نظیره فی الصداق علی فرض تسلیمه لا یقتضی الثبوت هنا بعد حرمه القیاس، و قد اعترف بجمله من ذلک کله فی جامع المقاصد و المسالک،

[المسأله السادسه إذا فضل أحدهما الآخر فی الإصابه فقال له اطرح الفضل بکذا قیل لا یجوز]

المسأله السادسه: إذا فضل أحدهما الآخر فی الإصابه، فقال له: اطرح الفضل بکذا، قیل: لا یجوز، لأن المقصود بالنضال إبانه حذق الرامی و ظهور اجتهاده بحصول الغلبه له، فلو طرح الفضل بعوض أو بغیر عوض کان ترکا للمقصود بالنضال فتبطل المعاوضه و یرد ما

أخذ ه منه لذلک، بل فی المسالک بعد أن حکاه عن المشهور لم یذکر کثیر منهم فیه خلافا، إلا أنه قد یشعر من نسبه المصنف له إلی القیل بتمریضه و وجهه فی المسالک بأنه جعل علی عمل محلل، و منع کون المقصود بالنضال منحصرا فیما ذکر، لجواز أن یقصد به کسب المال، فإذا حصل بالسبق أمکن تحصیله بمقدماته، مضافا إلی أصاله الصحه و عموم الأمر بالوفاء، و الکون مع الشرط، و منافاته للشرع غیر متحققه.

و فی الریاض «أنه أوجه من الأول، إن لم یکن الإجماع علی خلافه انعقد» و فیه ما لا یخفی، إن أرید إدراجه فی الجعاله، إذ لا عمل یستحق علیه ذلک، بل و فی الصلح لعدم ثبوت حق له بذلک علی وجه یصح بذل العوض عنه، و کذا إن أرید أنها معاوضه برأسها کما هو ظاهر المتن، بل لعل ذلک هو مفروض البحث، لا جواز ذلک صلحا أو غیره.

و فیه: أنه لا دلیل علی مشروعیته، و عموم «أَوْفُوا» إنما هو للعقود المتعارفه، لا نحو ذلک، خصوصا بعد ما عرفت من شهره عدم مشروعیتها، و أنه لم یذکر فیه خلاف من غیر فرق بین کون المراد من ذلک إتمام النضال بعد رفع الید من الفضل، أو رفع الید عنه رأسا، بل الثانی أولی بالعدم لأنه من العقود اللازمه.

نعم یشرع فیه التقابل و هو غیر المفروض هنا الذی هو طرح الفاضل بالعوض، کما هو واضح.

[المسأله السابعه یجوز عقد النضال بین حزبین]

المسأله السابعه: یجوز عقد النضال بین حزبین کما یجوز بین اثنین، لإطلاق الأدله و المرسل عن النبی (صلی الله علیه و آله) أنه مر بحزبین من الأنصار یتناضلون، فقال: أنا مع الحزب الذی فیه ابن الأدرع، و المراد من تناضل الحزبین إیقاع العقد بین الجماعتین و لو بوکاله کل جماعه واحدا منها، و یکون کل حزب فیما یتفق لهم من الإصابه و الخطأ کالشخص الواحد.

و فی اشتراط تساوی عددهم وجهان، بل قولان: أقواهما العدم، لإطلاق الأدله، فیرامی واحد مثلا ثلاثه، بمعنی أنه یرمی ثلاثه، و کل واحد منهم مره، و هل یعتبر تعیین کل واحد منهما فی مقابله من یرمی معه أو یکفی نصب رئیس لهما یکون الاختیار له فی تعیین

ذلک؟ و لا ریب فی أن الأولی الأول، و إن کان یقوی جواز ذلک أیضا إذا فرض تراضیهم فی العقد علی ذلک، و لا یعتبر فی العاقد عن الحزبین أن یکون مطاعا فیما بینهم، مقدما علیهم فی الرمی، و إن اعتبرا ذلک بعض، و لکن لا دلیل معتبر علیه، و لو شرط السبق من الرئیس خاصه أو من أجنبی أو من أحد الحزبین أو منهما جاز.

نعم یسقط علی الحزبین بالسویه غرما و أخذا، إذا لم یشترط التفاوت، و احتمال التوزیع علی قدر الخطأ و الإصابه لا دلیل علیه، و یشترط قسمه الشرق بین الحزبین بغیر کسر، فیجب عدد له ثلث إذا کانوا ثلاثه، و ربع إذا کانوا أربعه، و هکذا، و لو کان فی أحد الحزبین من لم یحسن الرمی بطل العقد فیه، و فی مقابله، و حینئذ، یتخیر کل من الحزبین فی فسخ العقد، لکونه حینئذ کتبعض الصفقه، و کیفیه الغلبه بین الحزبین علی حسبما یشترطونه و یتفقون علیها بینهم، و الله العالم و الحمد لله رب العالمین أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا و الشکر له علی الإکمال.

[كتاب الوصايا]

اشاره

كتاب الوصايا جمع وصيه من أوصى يوصى، أو وصى يوصى، قال في الصحاح: «أوصيت له بشي ء و أوصيت إليه إذا جعلته وصيك، و الاسم معا الوصايه بالكسر و الفتح، و أوصيته و وصيته أيضا توصيه بمعنى، و الاسم الوصايه، إلى أن قال و وصيت الشي ء بكذا إذا وصلته به، و ذكر غير واحد من الأصحاب أن الوصيه منقوله من وصى يصى بالمعنى الأخير، لما فيها من وصل القربات الواقعه بعد الموت بالقربات في حال الحياه أو بالعكس أو وصل التصرف حال الحيوه به بعد الوفاه، لكن ذلك كله كما ترى، و الأولى نقلها من الوصيه بمعنى مطلق العده، يقال:

أوصاه و وصاه توصيه عهد إليه إلى خصوص ما يعهده الإنسان بعد وفاته، بل الوصيه بمعنى التمليك ألصق بهذا المعنى من الأول كما هو واضح، و الأمر سهل.

و على كل حال في النظر في ذلك يستدعي فصولا.

[الفصل الأول في الوصيه]

اشاره

الأول: في الوصيه و هي إنشاء الموصى تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه و هذه لا اشكال بل لا خلاف في أنها تفتقر إلى إيجاب و قبول للإجماع بقسميه على أنها حينئذ بحكم العقود المتوقفه على ذلك، و أنها بمنزله الهبه و العطيه و الصدقه مضافا إلى أصاله عدم انتقال الملك من الموصى، و عدم دخوله في ملك الموصى له بدونهما، بل ليس في الشريعه في أسباب الملك ما هو كالايقاع في الحصول من جانب خاصه، و دعوى صدق الوصيه على الإيجاب وحده، على وجه يشمل ما نحن فيه واضحه المنع، خصوصا بعد ظهور إطلاقات الوصيه فيها بمعنى العهد الذي يعهد الموصى فعله بعد وفاته بأمر و نحوه، لا ما يشمل محل البحث، و هي بهذا المعنى ليست من العقود قطعا بل ضروره.

و من ذلک یظهر لک ما فی إطلاق کثیر من الأصحاب کون الوصیه عقدا ثمرته تملیک العین أو المنفعه بعد الوفاه، اللهم إلا أن یریدوا من ذلک أحد أفراد الوصیه، و لعل الظاهر ذلک، و حینئذ، فلا وجه لنقض التعریف المزبور بالوصایه و بالوصیه بإبراء المدیون و بالوقف و نحو ذلک، ضروره کون المراد تعریف ذلک الفرد من الوصیه، لا مطلق الوصیه به، بل لا یرد التدبیر أیضا، بناء علی أنه عتق معلق جاز للدلیل، لا- وصیه، بل لو سلمنا أنه وصیه فهو قسم آخر منها خارج عما نحن فیه، من البحث عن الوصیه التملیکیه الملحقه بکتاب العطایا و الصدقات، و حینئذ فالتعریف تام.

نعم زاد فیه محکی التذکره و إیضاح النافع تبرعا، و لعله لبیان الواقع باعتبار ظهور النص و الفتوی فی اعتبار المجانیه فی الوصیه بالمعنی المزبور، لأنها بمنزله الصدقه، فلو قال: هذا الفلان بعد موتی بکذا بطلت.

فما فی جامع المقاصد- من اشکاله بما إذا أوصی بالبیع و نحوه من المعاوضات فإنه وصیه، و لا تبرع فیه- فی غیر محله لما عرفت من أن محل البحث فی الوصیه المملکه، لا العهدیه، و قد عرفت اعتبار المجانیه فیه، بل الظاهر اقتصار التملیک فیها علی ما کان نحو الصدقه، فلو قال:

بعث هذا من زید بعد وفاتی بکذا مثلا بطل- لا للتعلیق الذی یمکن دفعه بأنه ممنوع فی البیع، لا فی الوصیه به التی مبناها علی ذلک، و لذا، جاز فی صیغه التملیک المجانی، بل لعدم ما یدل علی صحه الوصیه علی الوجه المزبور، بعد ما عرفت من ظهور نصوصها فی خلاف ذلک فیما کان بلفظ التملیک و نحوه فضلا عما کان بلفظ البیع و الصلح و الإجاره و نحوها مما لا دلیل علی صحه إیجاب الوصیه بها، فضلا عن ملاحظه العوض فیها.

و من ذلک لم یصح إنشاء الوقف و الرهن، و غیرهما مما لا عوض فیه بالوصیه علی وجه یکون کالتملیک، بأن یقول: هو وقف بعد وفاتی علی زید، أو هو رهن بعد وفاتی أو نحو ذلک.

نعم یصح الوصیه بذلک علی معنی العهد، أی یأمر بوقفه بعد وفاته مثلا، فتأمل جیدا کی یظهر لک ما فی کثیر من کلماتهم فی المقام، حتی أن منهم من زاد فی

التعريف «أو تسليط على تصرف» لإراده شمول الوصايه بمعنى الولايه، مع أنه ينتفض بالتدبير أيضا، و لذا زاد فى الكفايه مع ذلک «أو فک ملک قيل: أو تسليط».

و منهم من عرفها بأنها «تنفيذ حكم شرعى من مكلف أو ما فى حكمه بعد الوفاه» و هو كما ترى خارج عما نحن فيه، ضروره كون التنفيذ فعل الوصى أو الحاكم، و هما معا خارجان عن الوصيه، فضلا عن محل البحث، و الأمر فى ذلک كله سهل.

و على كل حال ف الإيجاب كل لفظ دل على ذلک القصد وضعا أو بقرينه و لو حاليه كقوله: أعطوا فلانا بعد وفاتى، أو لفلان كذا بعد وفاتى مريدا بالأول إنشاء التمليک بذلک، لا الأمر بفعله بعدها أو أوصيت له بكذا من غير تقييد بما بعد الوفاه، للاستغناء عنه بلفظ الوصيه بخلاف الأولين.

نعم ينبغى أن يظهر إراده إنشاء التمليک فيه بذلک و لو بقرينه حاليه، لا الوصيه العهديه الخارجه عن محل البحث.

و لو قال: هو له فهو إقرار فى الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء عند التداعى، إلا أن يكون قد قرنه بما يفسد الإقرار، و يجعله وصيه.

نعم قد يقوى الإكتفاء بنيته التى قد فسر اللفظ بها بعد ذلک، إذا لم يكن له معارض و لا خصم، و المال فى يده و تحت سلطنته، و كذا الكلام فى قوله وهبته، ثم فسره، بإراده الوصيه لا التنجيز، أما لو قرن ذلک و نحوه بما يقتضى ذلک لم يكن إشكال حينئذ فى الحكم بكونه وصيه، لعدم اختصاصها بلفظ، و كذا لو قال: عينت له كذا بعد وفاتى أو جعلت له كذا.

نعم ينبغى أن يكون استعماله اللفظ فى ذلک جاريا مجرى الاستعمال المتعارف و لا يكفى إرادته ذلک من لفظ غير صالح، لإرادته حقيقه و لا مجازا، و كذلک الكلام فى القبول الذى هو أوسع من الإيجاب و لذا جاز فيه أن يكون فعلا دالا على الرضا بالإيجاب بلا خلاف أجده فيه، و فى سائر العقود الجائزه.

نعم ظاهرهم بل صریح بعضهم عدم تحقق العقد فی شی ء منها بالفعل فی الإیجاب، لکن لا یخفی علیک مشروعیته فی الجمیع، کما لا- یخفی علیک صدق أسمائها کالعاریه و الودیعه، و نحوهما علی ذلک، فلا مناص حینئذ عن القول بجواز ذلک فیها و لحوق أحکامها له، إلا- أنه لیس عقدا لها، فهو شبه المعاطاه فی العقود اللازمه التی تندرج فی الاسم، و لا یجری علیها حکم العقد، و لیس عدم الثمره هنا بین المعاطاه و العقد بعد الاشتراک فی الجواز مانعا من ذلک کما هو واضح، فینحصر العقد هنا بالإیجاب لفظا و القبول کذلک أو فعلا، و ما عداه معاطاه، و هو ما کان إیجابه فعلا، سواء کان قبوله کذلک أو لا؟.

بقی الکلام فی أمرین:

أحدهما: أن ظاهر إطلاق المصنف و غیره حتی معقد إجماع الغنیه و نحوه و عدم الفرق فی افتقار هذا القسم من الوصیه إلی الإیجاب و القبول بین کونها لمعین و غیر معین کالوصیه بشی ء للفقراء أو لبنی هاشم، و غیر ذلک مما هو غیر محصور، أو کان لجهه کالمسجد.

لکن فی القواعد و اللمعه و جامع المقاصد و المسالک و الروضه و محکی التذکره و التحریر و المختلف و الإیضاح و الدروس و التنقیح و إیضاح النافع و الکفایه أنه ینتقل بالموت من غیر حاجه إلی القبول، بل فی المسالک «نفی الخلاف فیه، و عن إیضاح النافع أن علیه الفتوی، و ظاهرهم أنه لا یحتاج إلی قبول من الحاکم إن أمکن، کالوقف و ربما قیل: فیه بذلک، و لکن لا قائل به هنا» و نحوه فی جامع المقاصد، و لعله لإطلاق الأمر بإنفاذ الوصیه بعد فرض صدقها هنا علی ذلک، من غیر حاجه إلی قبول، و السیره المعلومه، و ما عساه یستفاد مما ورد من الوصایا بنحو ذلک و لما استدل به فی التذکره و غیرها من تعذر القبول منهم جمیعهم، و البعض ترجیح بلا مرجح، علی أن الکلام فی البعض الآخر، و إن أمکن المناقشه فیه إمکان اعتبار قبول الحاکم الذی هو بمنزله الجمیع، أو الناظر.

لکن، لا یخفی علیک أن فساد ذلک لا یقتضی فساد أصل الدعوی، و إن تخیله بعض من عاصرناه، قائلا قضیه کلامهم أنه لو لا هذه العله لوجب القول بالقبول، و هذا یقضی بقوه القول به، بعد أن عرفت فسادها بالقبول من الحاکم مضافا إلی عدم الانتقال و نحو ذلک،

و إلى إطلاقهم كونها عقدا الذى يمكن أن يكون هو السبب لهم فى الاتكال على عدم التصريح بالقبول من الحاكم هنا، بل مثله يعد إجماعا على الاشتراط، و يؤخذ حجه عليه خصوصا بعد عدم المعارض لذلك كله إلا إطلاق الأدله الذى لم يسبق لذلك، بل قد يمنع صدق اسم الوصيه على الفرض، كما أنه قد يمنع إراده هذا الفرد منها إلا أن الجميع كما ترى.

نعم قد يقوى كون الوصيه للفقراء و للجهه غير ما نحن فيه من الوصيه التمليكيه بل هو من الوصيه العهديه بالصرف على ذلك، خصوصا الوصيه للجهه، ضروره عدم صحه تمليك الجنس بعقد من العقود المملكه و إن قبل الحاكم عنه، إلا الوقف على إشكال فيه لقصور أدلتها عن ذلك، من غير فرق بين البيع و الصلح و الهبه و غيرها مما اشتمل على العوض، أو لم يشتمل، و لا يقاس التمليك بها على الملك الشرعى الثابت فى الزكاه و الخمس، بل و الوقف بناء على القول به، لحرمه القياس، على أن بناء الوقف على تمليك المعدوم بخلاف الوصيه، مع أن أفراد الجنس مختلفه، كمال الاختلاف ضروره كونهم حال الوصيه غيرهم فى الزمن الآخر، لصيروره الفقير غنيا و الغنى فقيرا، بل فيهم من لم يكن موجودا أصلا، ثم وجد فقيرا و هكذا، و لا ريب فى عدم ظهور معتد به فى أدله العقود على وجه يقتضى صلاحيتها لنحو هذا التمليك، بل لا يبعد بطلان الوصيه لو قصد بها التمليك المذكور.

و من ذلك ينقدح أن إطلاق الأصحاب كون الوصيه عقدا محتاجا إلى الإيجاب و القبول فى محله، و لا يرد عليهم مثل ذلك، لخروجه عن الوصيه التمليكيه، و دخوله فى الوصيه العهديه الخارجه عن محل البحث، خصوصا الوصيه للجهه كالمسجد و القنطره و المدرسه و نحوها، مما هى غير قابله للتمليك، و لم يقصد منها تمليك غيرها من الفقراء و نحوهم، فليس حينئذ إلا إراده المصرف فتأمل جيدا فإنه جيد جدا، و إن كان مخالفا لما صرح به بعضهم، كالفاضل و المحقق الثانى و غيرهم من كون الوصيه فى الفرض مملكه و لكن لا- تحتاج إلى قبول مطلقا أو تحتاج إلى قبول من الحاكم، ضروره منافاه ذلك لكونها عقدا مفتقرا إلى الإيجاب و القبول المعتبر، فيهما ما يعتبر فى باقى العقود إلا ما خرج بالدليل، حتى العربيه بناء على اعتبارها فى العقود جميعها، و إن صرح فى الروضه بعدم اعتبارها هنا، لكنه مسلم فى العهديه منها دون العقديه،

لعدم الفارق بينها و بين غيرها من العقود فى ذلك، و القياس على ما خرج بالدليل من الفرق بينها و بين غيرها ممنوع عندنا.

اللهم إلا أن يدعى جواز ذلك من العقود الجائزه، و إن قدر على العربيه كما صرح به هنا فى الدروس.

و لكن فيه أن دليل العربيه مشترك بين العقود جميعها، إذ هو انسياق العربى فيما اعتبر فيه اللفظ، فتأمل جيدا، فإنه قد يقال: إن الوصيه فى عهد الميت بعد وفاته، بل لعله العقديه المستفاده من قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ» إلى آخر الآيه باعتبار ظهوره فى التمليك الناشئ، من الوصيه قسم من العهديه، كما عساه يشعر به ذكرهم فى إيجابها أعطوا و افعلوا و نحوهما، و قد عرفت عدم الإشكال فى جواز الفارسيه و نحوها فى العهديه فتأمل جيدا.

ثانيهما: أنه قد يظهر من اعتبار العجز عن النطق فى كفايه الإشاره الداله على المراد فى كلام جماعه من الأصحاب، بل هو معقد نفى الخلاف فى محكى التنقيح بل لا كلام فيه كما عن إيضاح النافع، بل فى الروضه القطع به، بل فى الرياض الإجماع عليه، بل لعله محصل أنه لا تجزى الإشاره مع التمكن من النطق، و هو مناف لما ذكرناه من كفايه الفعل فى إجراء حكم الوصيه، و إن لم يتحقق بذلك عقدها، و أنه كالمعاطاه فى البيع.

لكن يمكن أن يكون ذلك منهم لإراده ما ادعوه من الإجماع و نفى الخلاف و نحو ذلك، لا لإراده اشتراط القاضى بعدم الجواز مع انتفاع ذلك، أو لإراده اشتراط القاضى بعدم الجواز مع انتفاع ذلك، أو لإراده تحقق العقد حينئذ و أنه ليس من المعاطاه فى حال العجز، بل تقوم الإشاره حينئذ مقام اللفظ من القادر، لما دل عليه فى الأخرس أو لغير ذلك، و إلا فلا دليل لهم يدل على ذلك، بل لعل الأدله بخلافه، بعد صدق اسم الوصيه عليه عرفا، فتجرى جميع أحكامها.

و

صحیح الحلبی (۱)عن أبی عبد الله «ذکر أن أباه حدثه عن أبیه أن أمانه بنت أبی العاص بن الربیع، و أمها زینب بنت رسول الله (علیهما السلام) کانت تحت علی (علیه السلام) بعد فاطمه (علیها السلام) فخلف بعده و تزوجها بعد علی (علیه السلام) المغیره بن نوفل، ذکر أنها توجعت وجعا شدیدا حتی اعتقل لسانها فجائها الحسن و الحسین أبناء علی (علیهم السلام) لا تستطیع الکلام، فجعلا یقولان لها و المغیره کاره لما یقولان: أعتقت فلانا و أهله فتشیر برأسها نعم و کذا و کذا فجعلت تشیر برأسها نعم، فلا تفصح بالکلام فأجاز ذلک لها».

و خبر علی بن جعفر(۲)عن أخیه (علیه السلام) المروی عن قرب الإسناد «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه فجعل أهالیها یسائله أعتقت فلانا، و فلانا، فیومئ برأسه أو تومئ برأسها فی بعض نعم و فی بعض لا، و فی الصدقه مثل ذلک أ یجوز ذلک قال: نعم، هو جائز».

مع أنه لا صراحه فیهما بالوصیه التملیکیه، لا دلاله فیهما علی الاشتراط بل یمکن أن یکون الإکتفاء بذلک لجوازه فی نفسه، لا للعجز عن النطق، و لعله لذلک کان ظاهر عباره النافع الإکتفاء بالإشاره مع إمکان النطق، و إن قال بعض مشایخنا أنه لا موافق له، و لا دلیل علیه.

و لکن فیه ما لا یخفی علیک بعد الإحاطه بما عرفت، و کذا الکلام فی الکتابه، فإنه لا شک کما عن جامع المقاصد الاعتراف به فی الإکتفاء بها مع العجز عن النطق و القرینه الدلاله علی إراده الوصیه منها بل عن التنقیح أنه لا خلاف فیه، بل عن الإیضاح الإجماع علی ذلک.

و

فی خبر سدیر(۳)عن أبی جعفر (علیه السلام) «قال: دخلت علی محمد بن علی الحنفیه و قد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصیه فلم یجب، فأمرت بطشت بجعل فیه الرمل، فوضع فقلت له:

خط بیدک فخط وصیته بیده فی الرمل، و نسخته أنا فی صحیفه»

و ربما ظهر من تقیید الإکتفاء بالعجز عدم الإکتفاء بها مع الاختیار، بل هو صریح المحکی عن الفاضل و ولده و الشهیدین و المحقق الثانی و القطیفی، بل عن السرائر نفی الخلاف فیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الوصیه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الوصیه الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الوصیه- الحدیث- ۲.

نعم عن التـذكره احتمـال الإكتفـاء بها مع الاختيار فى أول كلامه، بل لعله الظاهر من النافع و فى الرياض أنه لا يخلو عن قوه، مع قطعيه دلالـه القرينه، لكن يمكن أن يكون ذلـك كله منهم فى تحقيق العقـد، لا ـ أن المراد عـدم إجراء حكم الوصـيه على ذلك مطلقـا لمـا عرفت فى الإشـاره، من صـدقها عرفـا على ذلك و نحوه، فيشـمله إطلاق أدلتها مضافا إلى التأييـد بكثير من النصوص النـاهيه عن أن يبيت الإنسـان إلا وصـيته تحت رأسه، و معقـد نفى الخلاف فى محكى السـرائر غير ما نحن فيه، قال: و لو أوصـى بوصـيه و أدرج الكتـاب و قال قـد أوصـيت بما أوصـيت فى هـذا الكتاب، و ليس اختار أن يقف أحـد على حالى و تركتى و قد أشـهدتكما على بما فيه، لم يصح بلا خلاف، و لعل مراده عدم صحه الشهاده عليه بذلك للإجماع، و إن كان قد يقوى فى النظر خلافه أيضا، ضـروره تناول أدله الإقرار لمثله، فيصـح الشـهاده عليه به و إن اعتبر فيها العلم، و لا إجمال بعـد العموم فى اللفظ بل ينبغى القطع بالاكتفاء بها أى الكتابه فى الإقرار، أو ما فى حكمه نحو الإشاره بالرأس و اليـد مما يفيد معنى نعم، و لا، مثلا، بل لا يبعد ذلك لو أفادته على وجه الظهور فضلا عن الصراحه.

و الحاصل أنه يمكن حمل كلامهم السابق على ما عرفت، أو يكون المراد عـدم الإكتفاء بالكتابه فى ثبوت الوصـيه، بمعنى أنه لا يجب العمـل بما يوجـد مكتوبا ما لم يثبت بالبينه، أو تقم القرائن على إرادته كالوصـيه بـذلك، و عمل الورثه ببعض ما يجـدونه مكتوبا لأمور دلتهم على صحته، لا يلزمهم العمل بالجميع.

خلافا للمحكى عن الشـيخ فى النهايه فألزمهم لروايه قاصره سندا و دلاله، و لو كتب وصيه و قال اشهدوا على بما فى هذه الورقه، أو قال: هذه وصـيتى فاشـهدوا على بها ففى القواعد و المحكى عن غيرها لم يجز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه، فيقر به بل عن غير موضع من السرائر الإجماع عليه، و فى المحكى عن الجامع إشهاد الشخص على نفسه فى الأملاك و الوصايا على كتاب يدرج لا يصح إجماعا.

لكن الإنصـاف أنه إن لم يتم الإجمـاع المزبور كـان للنظر فيه مجـال، لمـا عرفت، و لأن المعروف القبول فيما لو قرأه الشاهـد مع نفسه، فقال له الموصى: قد عرفت ما فيه فاشهد عليه به، و هما.

عند التأمل متقاربان، بل لا يبعد فى النظر الإكتفاء بالكتابه فى الإقرار و الوصيه مع ظهور إراده ذلك منها، فضلا عن صوره العلم، ضروره حجيه ظواهر الأفعال كالأقوال فى الجمله، سيما ما كان منها نحو شاهد الحال بل الكتابه أخت الألفاظ، و فى المرتبه الثانيه فى الوضع لا للدلاله على ما فى النفس، فتكون أولى من باقى الأفعال بل لا يجرى على مدلول النقوش منها من الألفاظ ما يجرى على اللفظ نفسه من الصراحه و الظهور و الإطلاق و نحو ذلك.

و دعوى عدم كفايتها- و غيرها من الأفعال فى الوصيه و نحوها من العقود الجائزه عقدا أو معاطاه- واضحه الفساد، ضروره الإكتفاء بها فى البيع و نحوه مما هو أولى منها للصدق العرفى المشترك بين الجميع، و عدم صدق اسم العقد بعد التسليم لا ينافى صدق اسم البيع و الهبه و الوصيه و نحوها، و هو المدار فى إجراء الأحكام، لا اسم العقد فتأمل جيدا.

و

فى خبر إبراهيم بن محمد الهمدانى (۱)قال «كتبت إليه رجل كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه، و لم يأمرهم بذلك فكتب إليه إن كان له ولد، ينفذون كل شى ء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجوه البر و غيره».

و فيه إشاره فى الجمله إلى ما ذكرناه، بل لو قلنا بعدم صدق اسم البيع و نحوه على المعاطاه كما هو الأصح عندنا الآن، أمكن الفرق بين المقام و بين ذلك ضروره كون الوصيه بمعنى العهد، بل يمكن تكلف اندراج العقديه منها فيه، و لا ريب فى صدقها بمعناه على الحاصل بالفعل، سيما الإشاره و الكنايه

و نحوها، و إن لم يكن من الوصيه العقديه و عنوان أكثر الأحكام على الوصيه بمعنى العهد، لا العقد فلا ينبغى التوقف فى جريان الأحكام على ذلك، فإنه داخل تحت النهى عن التبديل، بخلاف البيع و الصلح و نحوه مما هو معنى واحد، فلا يصدق على المعاطاه و الله أعلم.

و كيف كان ف ينتقل الموصى به بها أى الوصيه إلى ملك الموصى له بموت الموصى، و قبول الموصى له، و لا ينتقل بالموت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب أحكام الوصيه الحديث- ۲- باختلاف.

منفردا عن القبول و لو متزلزلا كالعكس على الأظهر الأشهر بل المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، بل هى كذلك على الظاهر، و إن حكى الخلاف عن ظاهر أبى على بل قيل: إنه خيره الخلاف و التذكره و موضع من المبسوط، بل لا ترجيح فى جمله من كتب الأصحاب، و هو يقتضى بقوته، لكن فى محكى السرائر أنه ليس لأصحابنا فتوى بذلك و لا وردت به أخبار عن الأئمه الأطهار صلوات الله عليهم، و فى جامع المقاصد أنه ترك العلاقه فى القواعد حكايته لضعفه.

قلت: و لعله لأنه مخالف للأصل بل الأصول، و للمعهود من عدم الملك القهرى فى التمليكات، و لسائر العقود، و لغير ذلك، لكن الإنصاف أنه لو لا دعوى الإجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوه، ضروره ظهور أدله الوصيه فى ملك الموصى به بمجرد الموت كما اعترف به القائل بالكشف، من غير اعتبار القبول خصوصا ما دل على الانتقال إلى الوارث منها إذا مات الموصى له، و لعله لذا كان خيره بعض متأخرى المتأخرين عدم الحاجه إلى القبول فى اللزوم أيضا، فضلا عن الملك، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، فضلا عن حكايته، و استبعاد حصول الملك قهرا فى التمليك بعد ظهور الدليل فيه لا وجه له، خصوصا بعد أن لا يكون لازما عليه، و له إزالته عنه برد الوصيه كما هو مقتضى كلام القائل، لأن القبول عنده شرط فى اللزوم، و الإجماع على اعتبار القبول المسلم منه كون الوصيه عقدا يعتبر فيها الإيجاب و القبول، و لم يعلم مدخليه الثانى فيها فى الملك، أو فى لزومه، و مخالفته لباقى العقود على التقدير الثانى لا بأس بها بعد قضاء الدليل مع أنه بعينه وارد على المشهور، من أن القبول كاشف.

نعم قد يقال: بظهور كلامهم فى اعتباره فى أصل الملك، بل هو كصريح معقد المحكى من إجماع الغنيه على اعتبارهما فى صحه الوصيه الذى مقتضاه فساد الوصيه بدون القبول، لا عدم اللزوم، مع أنه يمكن أن يكون نظرهم فى ذلك إلى رد الوصيه، لا مطلق عدم القبول الصادق على حال التجريد منه و من القبول، و لو لعدم العلم بالوصيه، فلا ينافى ذلك على القائل بالملك اللازم من دون قبول، و هو مجهول القائل المعتد به.

و المناقشه فى أصل دليل هذا القول بمنع ظهور إطلاق أدله الوصيه فى الملك بمجردها

خصوصـا بعـد أن لم تكن إطلاقات معتـدا بها، و لا هی مساقه لبیان ذلک، بل لعلها منزله علی ما هو الغالب من تحقق القبول فی مثلها، لندره رد ما یتبرع بإعطائه.

تبطل ما هو المشـهور عندهم من أن القبول کاشف، ضـروره کون ذلک عمده أدلته التی خرجوا بها عن أصاله مساواه هذا العقد لبـاقی العقود، دون مـا ذکروه له من الوجوه الاعتباریه التی منها أن الظاهر قوله تعالی (۱)«مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِها أَوْ دَیْنٍ» عدم انتقال الترکه معها إلی الوارث، و المیت غیر قابل للملک، و الإجماع علی عدم ملک الأجنبی فلیس حینئذ إلا ملک الموصی له، و إلا بقی المال بلا مالک، و لما قام الإجماع و غیره من الأدله علی اشتراط القبول التجأنا إلی أنه کاشف، جمیعا بین الأدله.

و هو کمـا تری فیه نظر من وجوه، منهـا: أن مقتضاه ملک الـدیان أیضا ما قابل بقاء ملکه علی ثلثه الـذی أوصـی بصـرفه علیه فی عباده و نحوها.

و منها: أن البحث فی اشتراط القبول فی الملک، فکیف یکون ما هو محل النزاع من مقدمات الاسـتدلال، و من هنا یقوی القبول بکون القبول جزءا ناقلا کغیرها من العقود کما هو خیره جماعه و ظاهر آخرین.

لکن و مع ذلک فالقول بالکشف هو الأقوی، لأن الموصـی بإنشاء وصـیته قصـد التملیک بالموت، و القبول إنما یتعلق بما أوجبه الموجب علی الکیفیه التی أوجبها فمع فرض تأخره- لعدم

اعتبار اتصاله بالإیجاب و لا بالموت- یراد منه قبول المراد بالإیجاب الـذی هو الملک بالموت، کما عرفت، و هو معنی الکشف، فیکون دلیله جمیع ما دل علی مشروعیه هذا الفرد من الوصیه التی لا وجه لقبولها إذا تأخر إلا الکشف، و بذلک افترقت عن باقی العقود التی یراد بإیجابهـا معنـاه عنـد القبول حتی العقـد الـذی لم یعتبر فیه اتصال القبول بالإیجاب کالوکاله فضـلا عما اعتبر فیه ذلک کالبیع و نحوه.

و قد ظهر بذلک أن الأقوال فی المسأله ثلاثه، أحدها: أن القبول تمام السبب الناقل کباقی العقود.

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۱۱.

و الثانى: كونه شرطا فى الملک كاشفا.

و الثالث: كونه شرطا فى اللزوم، و قد يحتمل عدم مدخليته أصلا فى ملک و لا لزوم، و إنما الرد مانع، بل قد يحتمل عدم مانعيه الرد أيضا، إلا أن كلام الأصحاب كأنه متفق على خلاف الأخيرين، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم، و أن المعتد به القولان الأولان، كما أن المشهور منهما الثانى الذى قد عرفت كونه أقواهما.

و منه يعلم عدم كون الوصيه من العقود المتعارفه، بل قد سمعت ما يصلح دليلا لكل من الأقوال، و إن أطنب فى ذلک بعض المتأخرين، لكن على وجه غير مهذب و لا منقح، بل و مشتمل على حشو كثير، و ما لا فائده يعتد به، كالإطناب فى الفروع المتفرقه على القول بالنقل و الكشف، حتى عقد لذلک فى التذكره بحثا مستقلا، ضروره عدم خفائها على المتنبه الذى قد أحاط بما تقدم لنا فى الفضولى الذى قد سمعت البحث فيه عن الإجازه بالنسبه إلى النقل و الكشف، و الفروع المتفرقه على، ذلک، بل و قد عرفت هناک المراد من الكشف على وجه لا ينافى شرطيه الرضا فى الملک، لا أنه شرط للعلم بحصول الملک، و كذا الكلام هنا و إن كان هو ظاهر الكركى بل صريحه لكنه ضعيف مناف لما دل من الإجماع و غيره على اعتبار القبول فى الملک، كما هو واضح بأدنى تأمل، و الله هو العالم.

و على كل حال ف لو قبل الموصى له قبل الوفاه أى وفاه الموصى جاز وفاقا للمشهور لصدق اسم الوصيه و العقد معه، فيندرج تحت أدلتهما، و به يستدل على نفى احتمال اشتراط الوفاه فى صحته، كما أنه بذلک يخرج عن أصاله عدم النقل، و أصل بقاء المال و غيرهما من الأصول و كون متعلق الإيجاب الملک بعد الموت لا ينافى قبوله على هذا الوجه، ضروره كون القبول كالإيجاب فى صحه التعلق حال الحياه، فهما حينئذ متطابقان.

نعم هو بعد الوفاه آكد، و إن تأخر القبول عن الوفاه ما لم يرد بعدها خلافا لجماعه، منهم الفاضل و الكركى (لا يجوز) بل قيل: إنه المشهور، و إن كنا لم نتحققه، لعدم المحل له بعد أن كان القصد الملک بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيه، و كما لو باعه

مـا سـیملکه، و لأـن القبول کـاشف أو ناقل، و هما معا منتفیان هنا، لمعلومیه اشتراط الملک بالموت، و لأن ما قبل الوفاه إن کان قابلا للقبول، فلیکن قابلا للرد أیضا، کما بعد الوفاه، و المشـهور أنه لا حکم للرد قبل الوفاه، کما ستعرف، فالقبول کذلک أیضا، و لأـن القبول لو کان مقبولا حال الحیاه لم یعتبر قبول الوارث و لا رده، لو مات الموصـی له قبل موت الموصـی و قـد قبل، و هو باطل لأن إطلاق الأخبار یقتضـی عدم الفرق بین تقدم قبول الموصـی له و عدمه، فیکون قبول الوارث و رده معتبرا و لما سـتعرفه فی شرح قوله «فإن رد إلی آخره».

و الجمیع کما تری، ضـروره منع عـدم المحل له بعد أن کان المقصود بالقبول الرضا بالمراد من الإیجاب کیفما کان، فلا یتصور اختصاص الإیجاب فی زمان دون القبول.

و دعوی- کونه کـالقبول قبـل الوصـیه الـذی لم یتحقق فیهـا إیجـاب أصـلا، و کما لو باعه ما سـیملکه الـذی یکون الإیجاب فیه باطلا- واضـحه الفساد، کوضوح فساد الثانی لأن الکشف و النقل إنما هو فی القبول بعـد الوفاه، لانحصار مقتضـی الملک حینئذ فیه، بخلاـف حال الحیاه التی لا إشـکال کما لا خلاف فی توقف الملک معه علی الوفاه التی قصـد الموصـی التملیک بعـدها، و عدم الحکم للرد بعد تسـلیمه، لأصاله بقاء حکم الإیجاب و صـلاحیه الزمان للقبول، لا تستلزم صلاحیته للرد، و قبوله بعد الموت لیس لقبول القبول فیه، بـل للإجماع و نحوه مما هو مفقود فی الفرض، بل هو مظنه العکس، و قبول الوارث إنما یکون معتبرا إذا مات الموصی له قبل القبول، کما أن رده معتبر إذا کان للموصی له الرد.

أمـا لو فرض عـدم الرد له لم یکن للوارث ذلک أیضا، کما لو مات بعـد القبول و الوفاه و لیس فی النصوص ما یـدل علی اعتبار قبول الوارث، کی یتمسک بإطلاقه، الشامل لقبول الموصی له و عدمه، کما لا یخفی علی من لاحظها هذا.

و قـد أشـار المصـنف بقوله و إن تأخر إلی آخره، إلی عـدم اعتبار اتصال القبول بالوفاه لو وقع بعـدها، سواء قلنا باشتراط صـحته بـذلک أولا لإطلاق الأدله الشامل لـذلک قطعا، ضـروره ندره اتفاق حصول ذلک، بل تعذره فیما لو کان الموصـی له غائبا مثلا فلا ریب و لا خلاف یعتد به فی عدم اعتبار اتصال قبولها بالوفاه، فضلا عن عدم اعتبار اتصاله بالإیجاب الذی هو معتبر

فی غیرها من العقود، بل الظاهر عدم تسلط الحاکم علی جبره علی القبول و عدمه، ما لم یستلزم ذلک ضررا و خصومه و تلفا للمال، باعتبار احتیاجه إلی النفقه، و غیرها، و إلا کان له إلزامه فی وجه قوی بل لو تعذر إجباره أمکن تولی الحاکم ذلک فتأمل هذا.

ثم إن الظاهر جریان البحث المزبور فی إجاره التنجیز بناء علی اعتبار اجاره الوارث فی الزائد علی الثلث فتأمل، و لما کان قول المصنف «لما لم یرد» موهما لخلاف الواقع فصله بقوله فإن رد فی حیاه الموصی، جاز أن یقبل بعد وفاته، إذ لا حکم لذلک الرد وفاقا للمشهور.

بل وجهه واضح، بناء علی أن القبول معتبر بعد الوفاه خاصه، ضروره کون الوجه فیه أن ذلک الوقت محل القبول، و الرد باعتبار التعلیق فی الإیجاب علیه إذ هو یقتضی عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلق علیه، کتعلیق الحج علی الاستطاعه، و نحو قول السید اضرب زیدا إن جاء عمرو، و صل الظهر إذا زالت الشمس، و نحو ذلک مما لا أمر فیه قبل تحقق المعلق حال الحیاه للإعلام بإراده ذلک عند المعلق علیه، و للاکتفاء بها عن تجدید الأمر و الإنشاء عنده، و لعله لذا اعتبر فی القبول کونه بعد الوفاه، کالرد، ضروره عدم حصول متعلقهما قبلها.

و إن کان منع ذلک کله واضحا، لمعلومیه تحقق الإنشاء بصدور الإیجاب، و التعلیق إنما هو لحصول الأثر لا للإنشاء المقتضی لذلک، و الأوامر المعلقه یتحقق معنی الأمر فیها، بصدورها، و لذا یتحقق وصف المطیع و العاصی بالعزم علی امتثالها و عدمه، قیل حصول المعلق علیه، بل لعل التأمل یشرف الفقیه علی القطع بعدم إراده تعلیق معنی الأمریه فیها، علی معنی أن یکون مأمورا عند حصول المعلق علیه، مع أنه لم یتجدد أمر غیر ذلک، فیرجع إلی صیرورته مأمورا بلا أمر، و هو معلوم الفساد.

و من هنا اتجه صحه القبول قبل حصول المعلق علیه، لتحقق المعنی الإنشائی القابل للقبول، و لا یستلزم ذلک قبول الرد لعدم الدلیل علی بطلان حکم الإنشاء بقوله لم أقبله مثلا فی مثل المقام، بل و فی غیره حتی العقود اللازمه، إذا کان قد وقع علی وجه لم یقدح باتصال قبولها

به اللهم، إلا أن يكون إجماعا، فيقتصر عليه كالاقتصار هنا له أيضا على تأثيره، بعد الموت دون الحياه.

و من ذلک بان الوجه فی عدم اعتباره علی التقديرين، لكن و مع ذلک فالإنصاف يقتضی عدم الفرق بينه و بين القبول بالنسبه إلی تحقق المعنی المقابل، لتعلقهما به، و لعل شهره الأصحاب هنا غير معتد بها، بعد أن علم أن المدرک فيها عدم حصول ما يقبل الرد لتعليق الأثر علی الموت الذی قد فرض عدم تحققه، فيكون كالطلاق قبل النكاح الذی صححه أبو حنيفه، لما عرفت من بطلانه بتحقق المعنی القابل للقبول و الرد هنا، و يمكن أن لا يكون مدركهم ذلک، و إن ذكره بعض المتأخرين لهم، و لذا، كان خيره المصنف جواز القبول حال الحياه، و عدم الحكم للرد فيها، و لعله لما أشرنا إليه من عدم دليل يصلح لقطع استصحاب صحه الإيجاب بذلک، لا لما ذكروه.

بقی شی ء فی المقام، و هو أنه ربما استفيد من إطلاق المصنف و غيره عدم الفرق فی ذلک بين سبقه بالقبول و عدمه، و لكن يشكل ذلک بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصيه عقدا جائزا من الطرفين، و مقتضاه تسلط الموصی له علی فسحه حينئذ، و لا ريب فی اقتضائه بطلان العقد، إذ هو معنی الفسخ، كما أن معنی الرد و الفسخ واحد، و احتمال التزام عدم الحكم بهذا الفسخ يقتضی مخالفتها للعقود الجائزه بالنسبه إلی ذلک، و يمكن حمل كلامهم علی رد الإيجاب خاصه الذی لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز.

و دعوی أنه إذا كان له الفسخ بعد تمام العقد، فللإيجاب خاصه أولی يمكن منعها بعد بطلان القياس عندنا، و كذا دعوی تنزيل جواز الفسخ الذی له بعد تمام العقد علی إبطال القبول خاصه، فيحتاج إلی تجديد القبول خاصه، بل قد عرفت أن ذلک مخالف للفسخ فی العقود فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره فی كلامهم.

و تحريرها ما ذكرناه غير مره من أن الوصيه ليست من العقود، و إن كانت هی جائزه بمعنی أن للموصی الرجوع، و للموصی له عدم القبول، أما إذا قبل فلا رد له حتی فی حال الحياه، فضلا عما بعد الوفاه.

نعم لو لم يقبل بل لو رد كان له القبول بعد ذلك حال الحياه، بخلافه بعد الموت، و لعل الفرق بينهما أن ما بعد الموت هو محل القبول و الرد، باعتبار أن التمليك فى الوصيه حينه، بخلافه حال الحياه، على أنه لو لم يقبل الرد بعد الموت ترتب الضرر لعدم أمد له ينتظر، مضافا إلى ما عرفت من كون القبول بعد الموت كاشفا، فالرد و القبول فيه نحو إجازه الفضولى بخلافه حال الحياه و الله العالم.

و كيف كان ف إن رد بعد الموت و قبل القبول بطلت على وجه، لا ينفعه تجديد القبول بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه فى انقطاع الأصل المزبور.

إنما الكلام فيما ذكره المصنف و غيره بقوله و كذا تبطل الوصيه لو رد بعد القبض و قبل القبول مع أنك قد عرفت سابقا تحقق القبول بالفعل و القول فالقبض،- بعنوان أنه موصى له- قبول، فلا يؤثر الرد حينئذ بعده، بل لا وجه لفرضه قبل القبول، ضروره تحققه بذلك، اللهم إلا أن يحمل كلامهم على القبض الذى لا يكون قبولا و لو لغفله عن الوصيه أو جهل بها أن غير ذلك، و إن كان هو مناف لإطلاقهم، و لما تسمعه مما ذكروه متصلا بذلك من أحكام القبض نحو قول المصنف.

و لو رد بعد الموت و القبول و قبل القبض قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و ابن سعيد فى المحكى عن جامعه تبطل استصحابا لجوازها قبله، و لكونها أضعف من الهبه و الوقف اللذين يعتبر فيهما ذلك- و قيل لا تبطل، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بين الطائفه، بل هو المشهور، بل كاد أن يكون إجماعا، كما أن النصوص (۱)كادت تكون متواتره فى عدم اعتباره، و لذا تضمنت انتقاله إلى وارثه إذا كان قد مات الموصى له قبله، مضافا إلى إطلاق أدله الوصيه و بذلك كله ينقطع استصحاب الجواز بعد تسليم جريانه- و الثانى- مع وضوح فساده بعد بطلان القياس مقتضاه كون القبض شرطا فى الصحه و هو خلاف ما حكى عن المبسوط من كونه شرطا فى اللزوم كما أومى المصنف بقوله

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب أحكام الوصايا.

أما لو قبل و قبض ثم رد لم تبطل إجماعا لتحقق الملك و استقراره.

نعم ربما احتمل بعضهم ذلک، لکن الأمر فی ذلک سهل، إذ علی کل حال لا یخفی علیک ما فیه بعد ما عرفت و لورد الموصی له بعضا مما أوصی له و قبل بعضا صح فیما قبله خاصه، و کذا لو رجع الموصی ببعض دون بعض، لإطلاق أدله الوصیه و إنفاذها الشامل للفرض، لا لعدم اعتبار المطابقه بین إیجابها و قبولها باعتبار کونها من التبرعات المحضه، بخلاف عقود المعاوضه و لذا لم یجز للقابل فیها الاقتصار علی بعض ما ذکره الموجب، و لو بما یخصه من الثمر، بل لما عرفت و تعرف، ضروره اعتبارها فی جمیع العقود من غیر فرق بین الجمیع، لاتحاد المدرک فیها، إلا أنه فی المقام لم یصدر من الموجب غیر تعلق قصد الإیصاء بکل منهما، من غیر مدخلیه لاجتماعهما و انفرادهما، بخلافه فی عقد المعاوضه الظاهر بسبب الجمع بالعوض فی أن القصد قد حصل علیهما من حیث الاجتماع، و إن لم یکن ذلک علی جهه الشرطیه و من هنا لو فرض تشخیص الثمن لکل منهما کما لو قال: بعتک العبد بمائه، و الجاریه بخمسین، فقبل أحدهما بثمنه لم یبعد الصحه، بحصول المطابقه بالنسبه إلی ما قبله و عدم قبول الثانی لیس من المخالفه بین الإیجاب و القبول الممتنعه، و إن کان الإنصاف عدم خلوه من الإشکال، بل قد یقوی عدم حصول المطابقه إلا مع تعدد إنشاء للإیجاب.

نعم یقوی فی الوصیه عدم کونها من العقود المعتبر فیها المطابقه لتحقق معنی اسم العقد الذی هو الإیجاب، و قبول ذلک الإیجاب بها.

و من ذلک یظهر الإشکال هنا فی صحه جزء معین من الموصی به باسم کله، کما لو قال الموصی: بساطی مثلا لزید، فقال الموصی له: قبلت هذا الجزء المعین منه، فإنه لا مطابقه بین الإیجاب و القبول حینئذ، بل لا إیجاب بهذا الجزء إلا ضمنا و فی الإکتفاء به ظهر، و إن قلنا إنها لیست من العقود، بل فی الاجتزاء بها فی الإذن و نحوه منع.

أما لو قبل جزءا مشاعا منه مقدرا بالثلث أو الربع منه مثلا، فهو أقرب إلی الصحه منه، کما یشهد له صحه الوصیه بالثلث بأزید منه، فقبل الموصی له، و لم یجز الوارث الزائد، و إن کان قد یفرق بأن الموصی له قد طابق قبوله الإیجاب، لکن لم یسلم له باعتبار عدم اجازه الوارث،

نحو ما لو باع ماله و مال غيره فقبل المشترى، و لم يجز الغير، فإنه يصح فى الأول دون الثانى.

إنما الكلام فيما لو جعل متعلق القبول أولا- و بالذات، و كلام الأصحاب هنا و إن كان مطلقا، لكن يمكن حمله على إراده البعض المستقل كما لو قال: عبدى و دارى لزيد، فقال الموصى له: قبلت العبد فتأمل جيدا فإن المسأله محتاجه إليه.

ضروره عدم المطابقه فيه لو قلنا بكون الوصيه من العقود، فإن القبول المزبور، لم يكن له إيجاب لأن الإيجاب الذى صدر من الموجب متحد و إن تعدد متعلقه، لا- أنه إيجابان و إنشاء ان و العطف لا- يصيره كذلك، فلو وقع فى مثل الهبه و نحوها من العقود و لو التبرعيه لم يكف، إذ لم تحصل المطابقه، نعم قد عرفت غير مره، أن الوصيه ليست من العقود المعتبر فيها ذلك.

و كيف كان ف لو مات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه فى قبول الوصيه و ردها سواء كان فى حياه الموصى أو بعد وفاته على المشهور بين الأصحاب نقلا- و تحصيلا، بل عن كشف الرموز أنه هو الذى انعقد عليه العمل، بل لا خلاف محقق أجده فيه فى الثانى و إن حكى، بل و فى الأول و إن حكى عن أبى على البطلان فيه أو مطلقا، و ربما مال إليه بعض المتأخرين لكنه فى غير محله، لأصاله بقائها للموصى له، فتكون حقا من حقوقه فينتقل إلى وارثه كحق الخيار و الشفعه و غيرهما خصوصا بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره فى غيرها كما عرفته سابقا، بل هى مع قبول الوارث تندرج فى إطلاق أدله الوصيه، و ما دل على إنفاذها، و عدم جواز تبديلها و تغييرها.

و ل

ما رواه المحمدون الثلاثه بطريق صحيح و حسن كالصحيح عن محمد بن قيس (۱)الثقه على الظاهر بقرينه روايه عاصم بن حميد عنه، و كونه الراوى لقضايا أمير المؤمنين (عليه السلام)

عن أبى جعفر (عليه السلام) التى هذه منها «قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له قبل الموصى قال: الوصيه لوارث الذى أوصى له، قال: و من أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لوارثه الذى أوصى له،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

إلا أن يرجع فی وصیته قبل موته»

علی أنه معتضد ب

خبر الساباطی (۱)«قال سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل أوصی إلی و أمرنی أن أعطی عما له فی کل سنه شیئا، فمات العم فکتب أعط ورثته».

و بالصحیح عن المثنی (۲)«قال: سألته عن رجل أوصی له بوصیه فمات قبل أن یقبضها، و لم یترک عقبا قال، أطلب له وارثا أو مولی فادفعها إلیه، قلت: فإن لم أعلم له ولیا قال: اجهد علی أن تقدر له علی ولی، فإن لم تجده و علم الله فیک الجهد فتصدق بها.»

و بما عرفت و هو و إن کان فی الأول، لکن قد عرفت أنه محل الخلاف کما یقضی به التتبع، و إن حکی عن بعضهم البطلان مطلقا، لکنه غیر محقق، کما أن القول بالتفصیل أی البطلان فی الأول دون الثانی واضح الفساد، بعد النص و

الجامع لشرائط العمل الذی منه یعلم أیضا أنه لا وجه للتفصیل بین من یعلم کون غرضه خصوص الموصی له، فتبطل حینئذ مطلقا، و بین من لم یعلم غرضه فتصح و تنتقل إلی الوارث، بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأول عن الخلاف، لکن فیه أنه إن لم یکن ذلک علی جهه الشرطیه أو ما فی معناها لا وجه للبطلان أیضا کالتفصیل بین علم الموصی و ظهور أمارات البقاء فکالمشهور، و بین عدم علمه، أو ظهور کون المقصود- خصوص الموصی له، فالبطلان و إن تجرد عن جمیع القران فالتوقف، إذ کل ذلک اجتهاد فی مقابله النص، أو تهجس بلا داع، سوی الأصل- المقطوع بما عرفت.

و الصحیح عن أبی عبد الله (علیه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصی له أحد، فمات الموصی له قبل الموصی قال: لیس بشی ء»

الذی مثله موثق منصور بن حازم عنه أیضا القاصرین عن معارضه ما عرفت من وجوه.

منها الاعتضاد بالشهره العظیمه القریبه من الإجماع المخالفه للمشهور بین العامه، و منه ینقدح حملها علی التقیه دون العکس الذی لم ینقل إلا عن الحسن البصری و التقیه فیه مع بعدهما لا تتأتی فیما روی عن الصادقین (علیهما السلام) و من بعدهما، لتأخر زمانهم عنه، بل قد یشهد لذلک العدول فی الجواب إلی ما هو غیر واضح الدلاله، إذ من المحتمل کون المراد عدم کون

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب أحکام الوصایات الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب أحکام الوصایات الحدیث- ۲.

الموت شيئا ينقض الوصيه، بل قيل: إنه أنسب بأسلوب الكلام، و تذكير الضمير المستتر فى الفعل، و لعدم التنافى بين الروايات و تنزيلها أيضا على ما إذا نقض الموصى الوصيه بعد موت الموصى له، و كون المراد الوصايه لا الوصيه التمليكيه، و غير ذلك مما يظهر منه أن المقام مقام ترجيح و طرح، لا مقام جمع لانتفاء التعادل الذى هو شرط فيه، على أنه لو سلم فهو يقتضى التأويل فى المحتمل دون النص الذى لا يقبل التأويل، كما هو واضح.

و سوى أن وارث الموصى له إنما يرث ما كان له، و المال قبل قبوله للموصى الذى لم يصدر إلا عطيه للموصى له، فيكف يرث وارثه مال شخص آخر، و كيف يقبله له، مع أن الإيجاب وقع لغيره، و هو الذى قد أشرنا إلى أنه اجتهاد فى مقابله النص، مع أنه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصى و قبله الوارث لمورثه الذى هو الموصى له، و قلنا: إن القبول كاشف، فإنه ينكشف حينئذ بالقبول من الوارث القائم مقام مورثه دخوله فى ملك الموصى له حين موت الموصى، فيرثه الوارث حينئذ، لكن الحق خلاف ذلك كله، و أن الوارث ينتقل إليه المال من الموصى، و إن قلنا بالكشف فى قبول الموصى له بعض ما عرفت مما هو مفقود فى المقام، ضروره ظهور الدليل فى ملكيه الوارث له بموت الموصى، و إن قيدناه بالإجماع بحصول القبول منه لذلك، و لا وجه للكشف بالنسبه إليه لأن الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصى، فكيف يكون قبول الوارث كاشفا عن ملكه للمال حين موت الموصى، و الموصى له موجود؟

و دعوى أن القبول منه للميت الذى يموته خرج عن قابليه إدخال شى ء فى ملكه، ابتداء لا شاهد عليها، كما لا وجه لدعوى الكشف حين موت الموصى له، مع أن السبب الملك ذكر للموصى له حين موت الموصى، فليس حينئذ إلا القول بأن قبول الوارث مملك حين حصوله.

و من هنا قال المصنف و غيره:

[فرع لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها و هى حامل منه فمات قبل القبول كان القبول للوارث]

فرع لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها أو غيره و هى حامل منه فمات الزوج قبل القبول كان القبول للوارث لما عرفت فإذا قبل ملك الوارث الولد، إن كان ممكن يصح له تملكه و لا ينعتق على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاه، و لا

يرث أباه، لأنه رق مملوك للوارث إلا أن يكون ممن ينعتق على الورثه و يكونوا جماعه فيشاركهم فيرث حينئذ لعتقه قبل القسمه لكن غير أمه التى لم تدخل فى ملك أبيه، بل انتقلت إلى الوارث من الموصى، فليست هى حينئذ من تركته حتى يشارك الوارث فيها نعم هو شريكه فى مال الموصى له.

و ما عن الشيخ- من أنه لا يرث مطلقا، و إلا لاحتيج إلى قبوله، و لا يكون وارثا إلا بالقبول، فيلزم الدور- فواضح الضعف ضروره صيرورته وارثا بقبول غيره ممن هو الوارث حال موت الموصى له لأنه هو المعتبر قبوله، لا من تجدد إرثه، كما هو واضح نعم لو كان الوارث واحدا فلا إرث له، و إن انعتق على الوارث لو قبل، لعدم موضوع الاحتياج إلى القسمه الذى هو شرط إرثه، كما هو محرز فى محله، هذا كله بناء على ما ذكرناه من أن قبول الوارث ناقل من حينه، و لو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به فى ملك الموصى له حين موت الموصى، اتجه حينئذ انعتاقه على أبيه، وارثه لأمه و انعتاقها عليه كما هو واضح.

هذا كله إذا كان للموصى له وارث خاص، فإنه كما عرفت يقوم مقامه، أما إذا لم يكن ففى محكى التنقيح أن الأكثر رجوع المال حينئذ إلى ورثه الموصى، و فى الدروس نسبته إلى المعظم، و فى المصابيح إلى الشيخين و الفاضلين، و لعله للاقتصاد فيما خالف الأصل على المتيقن، و هو الوارث الخاص، لكن فيه أن

فى الصحيح، أو الحسن (۱)«فإن لم تجد فتصدق به»

و عن السرائر أنه لإمام المسلمين، و هو متجه لو لا الشذوذ الذى اعترف به فى الدروس.

اللهم إلا أن يمنع عليه باعتبار الأكثر الوارث الشامل له (عليه السلام) و الأمر بالتصدق به فى الصحيح المزبور الذى افتى به الصدوق و ابن سعيد على ما قيل لا ينافيه، بل يأكده باعتبار أن المال له، و قد أذن بالصدقه به، بل فى مصابيح الطباطبائى أن بذلك يحصل التوافق بين قول ابن إدريس و قول

الصدوق و ابن سعيد، ثم قال: و هو الأقوى، هذا.

و من الغريب ما حكاه فيها عن بعض شراح الحديث أنه قد استفاد من نصوص المقام أن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

الوصیه للأنبیاء و الأئمه (علیهم السلام) تصرف إلی أولادهم و ذریتهم، لأنها دلت علی انتقال حق القبول إلی الوارث إذ لا یخفی ما فیه، من أن مورد الأخبار وجود الموصی له حال الوصیه، فلا یتعدی إلی غیره.

و لا تصح الوصیه بصرف مال مثلا فی معصیه بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به غیر واحد، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، کما أنه یمکن منع اندراجه فی أدله المقام فیبقی علی أصاله المنع مضافا إلی عدم إمکان تنفیذها، فهی کالوصیه بغیر المقدور، لأن الممتنع شرعا کالممتنع عقلا، و إلی ما کان منها مندرجا فی المعاونه علی الإثم المنهی عنها فی الکتاب العزیز(۱)کمساعده الظالم علی ظلمه- و نحوها بل قد یقال: إن الوصیه بصرف المال فی المعصیه معصیه، ضروره کونها کبذل المال فیها و إن تولی الصرف غیر الباذل، و إلی

الخبر(۲)«سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن قول الله تعالی «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ» الآیه فقال:

نسختها التی بعدها «فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً» قال: یعنی الموصی إلیه إن خاف جنفا من الموصی فیما أوصی به إلیه مما لا یرضی الله تعالی من خلاف الحق فلا إثم علیه أی علی الموصی إلیه أن یبدله إلی الحق، و إلی ما یرضی الله تعالی به من سبیل الحق».

و نحوه

المرسل (۳)المضمر عنه (علیه السلام) «أنه تعالی أطلق للموصی إلیه أن یغیر الوصیه إذا لم تکن بالمعروف و کان فیها جنفا و یردها إلی المعروف، لقوله تعالی «فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَیْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَیْهِ»»

و إلی غیره مما یستفاده منه عدم صحه الوصیه بغیر الحق، و الظاهر إراده التخصیص من النسخ فی الخبر الأول، کما أن الظاهر إراده ما لا ینافی البطلان من التبدیل إلی الحق، لا أن المراد تبدیل الوصیه بتعمیر الکنیسه مثلا إلی تعمیر المسجد، و الوصیه بإعانه الظالم علی ظلمه إلی إعانه المطیع من حیث هو کذلک، ضروره عدم الدلیل علی ذلک، بل ظاهر الأدله خلافه، و إن کان قد یتوهم من ظاهر الخبرین، إلا أنه بمعونه الاتفاق ظاهرا علی خلاف-، ذلک یمکن حمله علی إراده الوصیه بالثلث أولا مثلا ثم الوصیه بخلاف الحق،

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

فإنه حينئذ يتجه التبديل إلى الحق، أما فى غير ذلك فليس إلا البطلان الذى يمكن أن يكون أيضا من التبديل إلى الحق، لأن المراد منه

إرجاعها إلى ما يقتضيه الشرع، و هو مختلف كما عرف فتدبر.

ثم لا- فرق فى استفاده الحكم المزبور و غيره من آيه «كُتِبَ عَلَيْكُمْ (۱)» إلى قوله «غَفُورٌ رَحِيمٌ» بين القول بكونها منسوخه بآيه المواريث(۲)و القول بكونها غير منسوخه لعدم التنافى بين الإرث و الوصيه للوارث، فإن حكم الوصيه و عدم جواز التبديل إلا مع الجنف مستفاد على كل حال، كما أن الظاهر عدم اعتبار المال الكثير فى رجحان الوصيه لإطلاق لفظ الخبر المراد به المال، و لم يثبت تقييده بذلك، بل و لا خصوص الوالدين و الأقربين، و إن كانوا أولى من غيرهم، بل المراد مطلق الوصيه بالمعروف.

و أما الحصر فى الآيه فيحتمل إراده إثم التبديل منه، على معنى أن الإثم للتبديل على المبدل، دون الموصى، لأنه (۳)«لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى »* و يحتمل إراده حصر إثم الموصى له فى المبدل، دون الميت الذى ارتفع الإثم عنه بوصيته فيه و ربما يشهد له

النبوى (۴)«من حضره الموت فوصى وصيه على كتاب الله كان كفاره لما منع من زكاته فى حياته»

بل و غير ذلك من الوجوه الاعتباريه، و لتمام الكلام فى الآيه محل آخر و الله العالم.

و كيف كان فلو أوصى بمال للكنائس التى هى معابد النصارى و محال سبهم للحق و أهله و

العبادات الفاسده البيع التى هى لليهود كذلك أو كتابه ما يسمى الآن توراه و إنجيلا و ليس كذلك، لأنه قد حرف جمله منهما و به كانا من كتب الضلال أو فى مساعده ظالم على ظلمه بل فاسق على فسقه بطلت الوصيه لما عرفت، و إن قلنا بجواز الوصيه لليهود مثلا.

و الضابط أن كلما جاز له فعله حال الحياه جاز له الوصيه به، و كلما لم يجز له ذلك لم يجز له

۱- ۱ سوره البقره الآيه ۱۸۰- ۱۸۳.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۱۲.

۳- ۳ سوره الأنعام الآيه- ۱۶۴.

۴- ۴ صحيح ابن ماجه ج ۲ ص ۹۰۲ الحديث ۲۷۰۵.

الوصیه به، و بذلک یفرق بین المعابد و غیرها، کالقنطره و الخان، و نحوهما و بین کتابه التوراه مثلا للنقض و غیره، و قد تقدم فی الوقف فی نظیر المسأله ما له نفع فی المقام، بناء علی اعتبار القربه فیه، فلاحظ و لا فرق فی ذلک کله بین المسلم و الکافر المشترکین فی الفروع عندنا.

نعم قد أمرنا بإقرار أهل الذمه منهم علی ما عندهم من الأحکام، و لیس ذلک حکما بالصحه، و به یجمع بین من أطلق البطلان کالماتن و نحوه، و بین من خص ذلک بما إذا کان الموصی مسلما، و الأمر سهل.

و کیف کان فقد عرفت فیما تقدم أن الوصیه عقد جائز من طرف الموصی فله الرجوع بها حینئذ ما دام حیا، سواء کانت بمال أو ولایه بلا خلاف بل الإجماع بقسمیه علیه، بل النصوص فیه مستفیضه أو متواتره.

لکن إطلاق العقد علیها بناء علی اعتبار الموت فی صحه قبولها نوع مسامحه، إذ هی ما دام حیا لیست إلا إیجابا، أما بناء علی صحته منه فی الحیاه و وقع منه فصدق العقد علیها حینئذ حقیقه، و لعل ذلک هو المراد للمصنف، و یستفاد حکم الإیجاب وحده حینئذ بطریق أولی، و إن کان قد عرفت فیما تقدم الإشکال فی کونها من العقود المتعارفه من غیر هذه الجهه، فلا حظ و تأمل.

و خص الموصی مع أن حکم الجواز مشترک بینهما فی الجمله، لبیان أنها بالنسبه إلیه لا تکون إلا جائزه، سواء حصل لها قبول أولا، بخلافها بالنسبه إلی الموصی له، فإنها قد تکون جائزه کما فی حال الحیاه حصول منه قبول أو لا، و بعد الوفاه قبل القبول أو بعده قبل القبض، بناء علی اعتباره فی الملک، و لا زمه بعد الوفاه و القبول و القبض، أو الأولین فقط بناء علی عدم اعتبار القبض فی الصحه و اللزوم، کما هو الأصح علی ما عرفته سابقا و الله هو العالم.

و یتحقق الرجوع من الموصی بالتصریح به لفظا بلا خلاف نحو رجعت أو نقضت، أو فسخت، أو لا تعطوه ما أوصیت به له، أو بما یفیده ظاهرا أیضا نحو:

هذا لوارثی، أو میراث عنی أو حرام علی الموصی له، أو نحو ذلک مما یستلزم بطلان الأولی، خلافا لبعض الشافعیه، فلم یبطلها بالمثال الأول، قیاسا علی عدم البطلان فیما لو أوصی

بعين لزيد ثم بها لعمرو، بل يشتركان فيها.

و فيه: مع بطلان القيام منعه الحكم فى المقيس عليه، ضروره التضاد بينهما لامتناع حصول الملك لكل منهما، و الطاريه رافعه لحكم الأولى عرفا بل شرعا، لأن العمل بالوصيه واجب و لا يمكن إلا بالرجوع عن الأولى المشروع فى نفسه بخلاف الثانيه.

نعم لو نص على التشريك أو دلت عليه قرينه عمل به، بل فى جامع المقاصد «و كذا لو دلت قرينه على صدور الوصيه الثانيه لنسيان الأولى، و أنه لم يرجع عنها فان العمل بالأولى حينئذ و إن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف.

نعم لو قال: من تركتى لم يكن رجوعا على الأقوى، لأن الموصى به من جملتها، و دعوى اختصاصها بما كان حقا للوارث بالإرث ممنوعه.

و لو أوصى له بألف، ثم أوصى له بألف ففى القواعد هى واحده، و كذا بألف معينه ثم بألف مطلقه و بالعكس، و لو أوصى بألف ثم بألفين، فهى ألفين، و وافقته عليه فى جامع المقاصد و لكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينه، لأصاله التعدد فى الاستثناء الذى لا يتصور فى تكراره التأكيد. نعم هو كذلك فى الإقرار فتأمل جيدا.

و على كل حال فالرجوع يتحقق بذلك أو بفعل ما ينافى الوصيه، فلو باع ما أوصى به أو أعتقه أو أوصى بيعه، أو وهبه و أقبضه أو رهنه كذلك أو كاتبه كان رجوعا لاقتضاء البيع و الهبه مع القبض و العتق نقل الملك و إزالته المنافى كل منهما لبقاء الوصيه، و الرهن منع الراهن من التصرف و تسلط المرتهن على استيفاء حقه من القيمه المنافى لمقتضى الوصيه الذى هو الملك تاما بالموت و القبول، و ليس هو كالوصيه بالمرهون المنزله على إراده العهديه على تقدير الفك، و إفضاء الكتابه إلى انقطاع السلطنه عليه، التى من جملتها الوصيه به و ما عن بعض العامه- من أن البيع ليس رجوعا، لأنه يتضمن أخذ البدل- واضح الضعف.

إنما الكلام فى اقتضاء هذه الأمور الرجوع- للتنافى، بل هو فى الحقيقه ليس رجوعا، بل بطلان للوصيه بانتفاء محلها انتقاله عن ملك الموصى، و من هنا يتجه البطلان حتى لو صدر

ذلک منه نسیانا للوصیه، أو الدلاله علی قصد الرجوع، نحو ما ستسمعه من التعریض لما هو مناف للوصیه و تظهر الثمره حینئذ فی البطلان بما أوقعه من البیع، و إن ظهر فساده، لکن ستعرف المناقشه فی دلاله ذلک و نحوه علی إراده إنشاء الرجوع.

و أما الوصیه ببیعه فالظاهر الرجوع بها لمنافاتها لمقتضی الوصیه الأولی الذی هو الملک بالموت فهو کالوصیه به لزید، ثم الوصیه به لعمرو، الذی قد عرفت الکلام فیه.

لکن فی المسالک إنها من فعل ما یدل علی إراده الرجوع- نحو مقدمات الأمور التی لو تحققت لنا قضت الوصیه کالتعریض للبیع و نحوه مما هو ناقل للملک أو مزیل له نعم لو دلت قرینه- علی عدم إراده الرجوع بذلک و أنه لغرض آخر عمل علیها و إلا- حمل علی الرجوع عملا بظاهر حال العاقل، و قد جعل منه الهبه قبل القبض، و کذا الرهن بناء علی اعتباره فیه.

و فیه أن أقصی ذلک کون الموصی قد قصد شیئا لو تحقق لأبطل الوصیه قهرا، و لا دلاله فی ذلک علی إرادته إنشاء الرجوع، بعد احتماله وجوها متعدده، و دعوی ظهور حاله فی ذلک ممنوعه، و لو سلم فلا دلیل علی صحته فی مثل المقام.

نعم قد یقال: إن الهبه قبل القبض و الرهن کذلک من المنافی فإنهما و إن لم یحصل بهما الملک و الرهن، إلا أن الأعداد لذلک مناف أیضا فإن الموصی به ینافیه تعلق عقد الهبه به مثلا، فیکون حینئذ من القسم الأول، مع أنه لا یخلو من نظر أو منع أیضا خصوصا مع ملاحظه استصحاب الوصیه.

و کذا النظر فیما ذکره غیر واحد أنه به یتحقق الرجوع و هو لو تصرف فی الموصی ب ه تصرفا أخرجه عن مسماه، کما إذا أوصی بطعام فطحنه أو بدقیق فعجنه أو خبزه لأنه کتلف محل الوصیه المقتضی لبطلانها من غیر حاجه إلی قصد، بل لو وقع ذلک نسیانا منه أبطلها، بل الظاهر کونه کذلک أیضا إذا وقع لا بفعله، فإنه و إن کان جیدا لکن ینبغی تقییده بما إذا علم أن الموصی به من حیث کونه مسمی باسم خاص، بخلاف ما إذا علم کون الوصیه به من حیث الذات التی لا تبطل الوصیه بها حینئذ مع تغیر حقیقتها، فضلا عن تغییر أحوالها التی تتغیر به أسماؤها أما إذا لم یعلم الحال کما لو اقتصر علی حنطتی مثلا لزید بعد

و فاتى، فهو و إن كان قاعده دوران الحكم مدار الاسم تقتضى بطلان الوصيه بانتفائه، نحو قول السيد لعبده آتنى بحنطه، فإنه لا يمتثل بإتيان الدقيق، لكن قد يقال: أن ظاهر التمليك عرفا يقتضى تعلقه بمسمى الاسم، لا من حيث التسميه به، و حينئذ يكون المتجه عدم بطلانها بانتفاء الاسم، من غير فرق بين أن يكون ذلك بفعله أولا بفعله.

و دعوى ظهور الأولى فى الرجوع لا ـ من حيث انتفاء الاسم، بل من حيث أنه لو كان باقيا على وصيته لم يغيره عن الحال الأول واضحه المنع.

و من ذلك يظهر لك ما فى كلام ثانى الشهيدين، فى المسالك و غيره الذى لا يكاد يلتئم أطرافه، فإنه قد علل البطلان بانتفاء الاسم أولا، ثم اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الموصى ذلك لمصلحه العين لدفع الدور عنها و نحوه، و بعدمه أيضا لو كان قد فعله من غير إذنه، مع أنه إذا كان المدار انتفاء الاسم يتجه البطلان مطلقا.

نعم يتجه الفرق بذلك لو كان منشأ البطلان دعوى دلاله الفعل المزبور على الرجوع، و قد عرفت منعها، كما أنه بذلك يظهر لك أولويه عدم البطلان فيما لو علق الموصى وصيته باسم الإشاره و نحوه، مما لم يذكر فيه الاسم، فقال: هذه لزيد بعد وفاتى، أو ما فى البيت لزيد بعد وفاتى، فإنه لا اسم حينئذ قد علق عليه الوصيه، كى تنتفى بانتفائه بل لو جمع الاسم و الإشاره أمكن الترجيح للثانيه، بالاستصحاب و غيره، و إلى نحو ذلك أشار فى التذكره و إن توهم فى جامع المقاصد و المسالك عليه أنه فى التذكره يفرق بين الوصيه بالمعين و المطلق، فتصح الوصيه بالأول و إن تغير الاسم، بخلاف الثانى فإن الوصيه بالمعين و المطلق، فتصح الوصيه بالأول و إن تغير الاسم، بخلاف الثانى فإن الوصيه تبطل بمجرد تغير ما عنده من أفراده لو كان، و هو شى ء لا ينبغى أن ينسب إلى أصاغر الطلبه فضلا عن العلامه خصوصا البطلان فى المطلق الذى لا وجه له، ضروره وجوب تنفيذ الوصيه على كل حال، سواء كان فى التركه له فرد و قد تغير، أو لم يكن كما هو واضح هذا.

مع أنه فى التذكره ما صدر منه إلا ـ نحو ما فى الكتاب مما هو ظاهر فى المعين، و لو باعتبار عود الضمائر كما اعترف به فى المسالك بالنسبه إلى المتن و ليس فى كلامه التعرض للمطلق أصلا.

نعم ذكر بعد ذلك ما قلناه من تعلق الوصيه باسم الإشاره و نحوه، ثم قوى عدم بطلان الوصيه فيه، معللا له بأنه لا اسم كى تنتفى بانتفائه، فلا حظ فتأمل.

و كذا الكلام فيما لو أوصى بزيت مثلا فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره كذلك حتى لا يتميز فإنه أيضا قد ذكر غير واحد كونه رجوعا، بل فى المسالك ظاهرهم القطع بذلك لتجدد وصف لم يحصل الرضا ببذله، مع عدم إمكان الفصل، و لكونه كالتلف، و لدلاله هذا الفعل عرفا على الرجوع.

لكن فى الأول منع اقتضائه البطلان، ضروره بقاء عين الموصى بها فى نفس الأمر، و عدم تمييزها لا يقتضى بطلانها عرفا و لا شرعا، و لا ينافى قبول تمليكها فإذا ملكها الموصى له شاركه بنسبه القيمه، فلم يحصل وصف للموصى له و لم يوص به، و دعوى كونه كالتلف كدعوى الدلاله واضحه المنع و لذلك اعترف غير واحد بعدم البطلان، بالخلط بالمساوى و الأردى، معللا له فى المسالك فى المزج بالأردى بكون القدر الناقص بمنزله إتلاف الموصى له، فيبقى الباقى على الإيصاء الأول، و بعدمه أيضا لو خلطه غيره بغير إذنه، أو اختلط بهيلان لنفسه و نحوه، و لو كان ذلك تلفا لم يفرق بين الجميع كما أنه لو كان فيه دلاله على الرجوع لم يفرق بين الأجود و غيره، و المتجه عدم اقتضاء شى ء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينه تدل عليه، و يشارك الموصى له بنسبه القيمه فى الأجود و الأردى، من غير فرق فى ذلك بين كون الموصى به زيتا معينا أو طعاما كذلك أو صاعا من صبره معينه فمزجها بغيرها.

و بذلك يظهر ما فى كتاب من كتب الأصحاب حتى الفاضل فى القواعد الظاهر منه الفرق بين المعين، و الصاع من الصبره، و الخلط فى الأول مطلقا رجوع بخلاف الثانى ففيه التفصيل المزبور و هو غريب.

و كذا يظهر لك الوجه فيما فى غير كتاب أيضا من قول أما لو أوصى بخبز فديه فتيتا لم يكن ذلك رجوعا بناء على ما ذكرناه. نعم قد يشكل ذلك بناء على ما سمعته منهم، ضروره تغير الاسم بذلك، اللهم إلا أن يفرض عدم تغيره، بأن يقال له خبز مدقوق، أو يدعى أن مثل هذا الفعل لا يقتضى الرجوع، بخلاف الأفعال السابقه.

لكن الأخير كما ترى، فإن الدق كالطحن و العجن و نحوهما مما يقتضى إراده الانتفاع به.

للأكـل و نحوه ممـا ينـافى الاسـتمرار إراده الوصـيه فإن كان مثل ذلك يقتضـى الرجوع فهو فى الجميع، و إلا فلا، و إن كان قد يمنع دلاـله ذلـك على إراده الأكـل و نحوه، و بعـد التسـليم قـد يمنع اقتضـاء ذلك إنشاء الرجوع و الفسـخ للوصـيه، فإنه يمكن اجتماع الاستدامه عليها مع هذه الإراده، إلا إذا كان المقصود إبطالها بالأكل أو لم يخطر له ذلك بباله.

و بالجمله الفسـخ كالعقـد لا بدل له من إنشاء إراده له سواء كان بفعل أو قول، فتأمل جيدا فإنه دقيق، و منه ينقدح لك النظر فى كثير من كلمـاتهم فى المقـام بـل من التأمـل فيمـا ذكرنـاه هنـا تعرف ما فى كثير مما أطنبوا به من الأمثله و غيرها، و لو رجع عن المصـرف بأن أوصى لزيد بعين ثم لعمرو بأخرى و قصر الثلث، ثم أوصى بالأولى لبكر، فالأقرب تقديم وصيه عمرو على الوصيه لبكر لتقـدمها عليهـا فيـدخل النقض على المتـأخره، و إن كان لو لا رجوعه عن الأولى لكان النقض عليها لأنها المتأخره و الله هو العالم.

[الفصل الثانی فی الموصی]

الفصل الثانى فى الموصـى: و يعتبر فيه كمال العقل الجارى مجرى غالب العقلاء و الحريه فلا تصـح وصـيه المجنون- مطبقا كان أو أدوارا، إذا كان قد أوصى حاله، بلا خلاف و لا إشكال لسلب عبارته.

نعم لا تنفسخ بعروضه كالإغماء و نحوه مما لا عقل معه، و إن اسـتمر إلى الموت للأصل و كونها عقدا جائزا لا يقتضى مساواتها له فى كل شـى ء، و لـذا كان الموت محققا لها من طرف الموصـى لا فاسـخا بخلاف باقى العقود الجائزه، و تصـريح الأصـحاب بصحه وصيه ذوى الأدوار كالنص على الصحه، و إن تعقب الجنون، على أن الأصحاب إنما اشترطوا العقل لا استمراره، بل صرح بعضهم كثانى الشهيدين و المحققين بعدم اشتراطه، بل عن الأول منهما أن فى صحيح أبى ولاد تنبيها على ذلك، مريدا به ما

روى عن الصادق (عليه السلام)(۱)فى وصيه القاتل لنفسه، «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا»

إلى آخر ما سمعته إن شاء الله، باعتبار ظهوره فى صحه الوصيه مع تعقبها بالفعل المانع من التصرف، فكذلك غيره من الموانع، و لاـ بـأس به، و إن كـان العمـده ما عرفت معتضـدا بالإجماع فى مصابيـح العلامه الطباطبائى على عـدم البطلان بعروض الجنون و الإغماء، سواء استمر إلى الموت أو انقطع.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب أحكام الحديث- ۲.

و کـذا لا تصح وصـیه الصبی ما لم یبلغ عشـرا لعدم کمال العقل فیه قبل ذلک غالبا فإن بلغها فوصـیته جائزه فی وجوه المعروف لأقاربه و غیرهم علی الأشـهر، إذا کان بصیرا عاقلا بل هو المشهور نقلا و تحصیلا، بل نسبه بعضهم إلی الأصحاب مشعرا بدعوی الإجماع، بل فی ظاهر محکی الغنیه أو صریحه دعواه، علیه لإطلاق أدله الوصیه و عمومها.

و

قول الصادق (علیه السلام) فی صحیح عبد الرحمن و خبره (۱)«إذا بلغ الغلام عشر سنین جازت وصیته».

وفی صحیح أبی بصیر(۲)«إذا بلغ الغلام عشر سنین فأوصی بثلث ماله فی حق جازت وصیته»

الحدیث.

و

فی موثق منصور بن حازم (۳)جواب سؤالیه عن وصیه الغلام «إذا کان ابن عشر سنین جازت وصیته».

و قول أبی جعفر (علیه السـلام) فی صحیح زراره(۴)الذی رواه المشایخ الثلاثه «إذا أتی علی الغلام عشـر سنین فإنه یجوز فیما له ما أعتق أو تصدق علی حد معروف و حق فهو جائز»

و غیر ذلـک، و هی و إن کـانت مطلقه بالنسـبه إلی العقـد، لکن الإجمـاع علی اعتبـاره کاف فی تقییـدها به، مع أنه یمکن ترک ذلک فیها لغلبه حصول العقل له فی المده المزبوره، مضافا إلی إشعار قوله فی حد معروف و حق به.

و إلی

موثـق أبی أیوب و أبی بصـیر(۵)عن الصـادق (علیه السـلام) «فی الغلاـم ابن عشـر سـنین یوصـی قال: إذا أصاب موضع الوصـیه جازت».

و قول

أحدهما (علیهم السلام) فی موثق (۶)ابن کثیر «یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقد و صدقته و وصیته، و إن لم یحتلم»

، و إطلاقه بالنسـبه إلی العشر لا ینافی التقیید بالعقل فیه، کما لا ینافی بالعشر التی تضمنته النصوص السابقه المعتضده بما عرفت، الذی لا یقدح فی صـحتها بالنسـبه إلی المطلوب اشتمال بعضها علی ما لا نقول به، فیقید بها الموثق المزبور، و بالجمیع یخص ما دل علی سلب عبارته، و لا حاجه إلی تکلف دعوی عدم شمول تلک الأدله لما بعد الوفاه التی من

١- ١ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٧.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۵.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ٣٢- من أبواب الطلاق الحديث الإستبصار ج ٣ ص ٣٠٢.

الواضح منعها، كمنع دعوى جواز وصيته باعتبار كونها عباده، و هو غير محجوز عليه بالنسبه إليها، بناء على شرعيتها.

إذ فيها أولا: منع الشرعيه، و ثانيا: منع شرعيتها إذا كانت بمال، فليس له أن يؤدى زكاته المستحبه و لا الصدقه و لا الوقف و لا العتق لسلب عبارته.

و من الغريب رد ابن إدريس هذه الأخبار، مع أنه يدعى غالبا قطعيه ما هو أقل منها عددا و عملا، و أغرب منه موافقه جماعه من المتأخرين له، ممن لم يوافقه على عدم العمل بأخبار الآحاد على ذلك، و ما فى المسالك «من أنها مختلفه بحيث لا يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل».

لا يخفى ما فيه على الناظر فيها، بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و قيل و القائل ابن الجنيد تصح وصيته و إن بلغ ثمان يا من السنين و هو و إن كان لا يخلو من وجه لكن الروايه به التى استند إليها شاذه.

و هى

خبر الحسن بن راشد(۱)عن العسكرى (عليه السلام) «إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجائز أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك»

على أن ظاهرها حصول البلوغ لهما من غير فرق بين الوصيه و غيرها، و قد قيل إنه مخالف لإجماع المسلمين و أخبارهم.

نعم لو كان مدركه أنه مع فرض بلوغ الصبى العقل المتعارف لغالب الأولاد لم تكن للعشر خصوصيه و إن قيد بها فى تلك النصوص، إلا أنه

جار مجرى الغالب، فلا تصلح للتقييد، و لذا جعل المدار فى غيرها على العقل و على إصابه موضوع الوصيه و حينئذ فتجتمع جميع النصوص على ذلك، إلا أن المتجه حينئذ عدم التقييد بالثمان أيضا، كما عساه يشهد له

قول الصادق (عليه السلام)(۲)«إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى في ماله بشى ء في حق جازت وصيته»

و عن الفقيه ابـدال الشـى ء باليسـير، و لعـل المراد به الأقـل من الثلث، على أنه مخالف للإجماع بحسب الظاهر، و لـذلك أمكن إراده التقييـد به، و إن سـلم كون الغالب، و إلا أنه لعل الشارع لاحظ الغالب في التحديد و التقييد، إلحاقا للنادر بغيره في الحكم، كما هو المعروف في قواعد الشرع و قوانينه.

و على كل حال فلا ريب أن الأقوى المشهور، و أما القول بالتفضيل بين الأقارب و غيرهم الذى قد يتوهم أنه أشار إليه المصنف بالتنصيص على عدم الفرق، فلم يتحقق القائل به، و إن رواه

ابن مسلم في الصحيح (۱)«سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: إن الغلام إذا حضره

الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته، لأولى الأرحام و لم يجز للغرباء».

و لعل الإشاره بالتنصيص إليه، لكن لقصوره عن تقييد ما عرفت من وجوه، يمكن حمله على إراده بيان عقله و تمييزه بذلك، بل لعله تقييد وصيته بالمعروف مشعر بذلك بناء على إراده الراجح شرعا منه، كبناء القناطر و المساجد وصله الأرحام و نحو ذلك، و يمكن إراده الوصيه الجائزه الجاريه مجرى وصايا العقلاء، كما أومى إليه ب

قوله (صلى الله عليه و آله) «إذا أصاب موضع الوصيه»

بل و بقوله «حق» المراد منه ما قابل الباطل الذى هو مظنه الصبا، و الله العالم.

و كذا لا تصح وصـيه المملوك بما في يده من الأعيان و مطلقا بناء على أنه لا يملك أصـلا حتى مع إجازه السـيد لخروجها عن موضوع الوصـيه ضـروره كونها كقول مال زيـد لعمر و بعـد وفاتى، بل و لا من الفضولى الذى هو الوصـيه عن زيد بعد وفاته، لا وفاه غيره، بل و على غيره للحجر عليه الشامل لهذا التصـرف قطعا، و لو بملاحظه ما دل من النصوص على جواز وصـيه المكاتب بمقدار ما أعتق منه.

نعم لو أجاز له مولاه صـح بناء على ملكه، بل و كـذا لو زال الرق و فرض بقاء ماله الموصـى به على ملكه حتى مات، قد يحتمل البطلان كبيع المرهون ثم فك، بناء على عدم الصحه فيه، لكن قد عرفت البحث فيه في محله.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

أما لو ارتفع الرق عنه بعد الإيصاء منه و قد ملك بعد عتقه مثلا ما تنفذ فيه وصيته.

فوجهان- من إطلاق تنفيذ الوصيه و كونه غير مسلوب العباره فهو كالمعسر حال الوصيه الموسر حال الموت، و إطلاق ما دل على نفوذ وصيه المكاتب بقدر ما تحرر منه، و عدم ثبوت اشتراط صحه الوصيه بعدم المانع من نفوذها غير الموت- و من وقوع الإيجاب عنه و هو رق، و إطلاق قوله لا وصيه لمملوك و التعليق فى المعنى فى الوصيه، بغير الموت- أقواهما الأول لما عرفت مع عدم ثبوت اعتبار الحريه حين إيجاده عباره الوصيه بل لعل الثابت خلافه، كما سمعته فى إطلاق روايات المكاتب كما أن المعتبر فى الوصيه الملك حين الوفاه، لا حين الإيقاع، و الخبر المزبور مع عدم جمعه لشرائط الحجيه ظاهر فى غير الفرض، و عدم قدح معنى التعليق الذى هو كقوله إن كانت زوجتى فهى طالق، بل فى القواعد و غيرها لو قال العبد: متى اعتقدت ثم مت فالأقرب الجواز، و لعله لأن قوله هذا الزيد بعد وفاتى إن مت حرا، بمنزله قوله إن مت فى سفرى أو مرضى، بل لا يبعد صحه التعليق على الملك فى المشخص أو المطلق و إن كان لا- يخلو من نظر، سيما الأول، كالنظر فى صحه الوصيه بعين للغير ثم ملكها بعد ذلك هذا كله فى الوصيه التمليكيه للمشخص أو المطلق.

أما العهديه كالوصيه بالدفن فى مكان مخصوص و نحوه مما لا يحتاج إلى صرف مال فوجهان أيضا كالوجهين فى وصيه السفيه بالمعروف أو مطلقا، بل القولين إلا- أن الأقوى فيه عدم جوازها، لعموم أدله الحجر عليه، و دعوى اختصاصها فى حال الحياه واضحه المنع، لكن فى جامع المقاصد «أن المشهور الجواز» بل عن ظاهر الغنيه الإجماع على ذلك، فإن ثم فهو، و إلا كان الأقوى ما عرفت.

و أما المفلس فالأقوى جواز وصيته، لعدم معارضتها لحق الغرماء، لأنها من الثلث الذى لا يكون إلا بعد وفاه الدين كما هو واضح.

و لو جرح مثلا الموصى نفسه عمدا بما فيه هلاكها أى أحدث ذلك بها ليموت ثم أوصى بشى ء من ماله لم تقبل وصيته بلا خلاف معتد به أجده، بل عن الإيضاح نسبته غير مره إلى الأصحاب مشعرا بالإجماع عليه.

لصحیح أبی ولاد(۱)المروی فی الکتب الثلاثه عن الصادق (علیه السلام) من قتل نفسه متعمدا فهو فی نار جهنم خالدا فیها، قلت: أ رأیت إن کـان أوصـی بوصـیه ثم قتـل نفسه من ساعته تنفـذ وصـیته فقال: إن کان أوصـی قبل أن یحـدث حـدثا فی نفسه من جراحه أو فعـل لعله یموت أجیزت وصـیته فی الثلث، و إن کـان أوصـی بوصـیه بعـد ما أحـدث فی نفسه من جراحه أو فعل لعله یموت لم تجز وصیته».

فمـا عن ابن إدریس من صـحه وصـیته واضـح الضـعف علی أصولنـا، و إن نفی عنه البـأس فی محکی المختلف و استحسـنه فی محکی الروضه و إیضـاح النافع، و کـذا المسالک إلا أنه کما تری اجتهاد فی مقابله النص، المعمول به الجامع لشـرائط الحجیه و العمل بل و کذا ما فی

القواعـد، و لو قیل بالقبول مع تیقن رشـده بعـد الجرح کان وجهان و أغرب من ذلک قوله فیها أیضا: و تحمل الروایه علی عـدم استقرار الحیاه علی اشکال، إذ هو کما تری.

نعم لو أوصـی، ثم قتل نفسه قبلت وصـیته علی حسب وصـیه غیره، بل لا اشکال کما لا خلاف أجده فیه، للصحیح السابق مضافا إلی الأـصول و العمومـات، و لاـ یقاس الأول علیه، لحرمته عنـدنا، مع إمکان إبـداء الفرق بأن الأول بفعله ذلک بنفسه کان کمن زال عقله، لا تقبل وصیته المتأخره بخلاف الثانی الذی هو کن زال عقله بعد ایصائه، بل ربما جعل وجه النص ذلک، أو أن عدم القبـول فی الأـول لکـونه غیر مسـتقر الحیـاه، أو لأـن الثلـث بالنسـبه إلیـه کالإـرث بالنسـبه إلی غیره ممـن یحرم من الإـرث بقتله الموروث عمدا، فکذلک هذا، یحرم من الثلث عقوبه، و الجمیع علل بعد السماع، و إن کان خیرها آخرها.

نعم ینبغی الاقتصار فیما خلاف الأصل علی المتقین، و هو الوصـیه فی الثلث، أما غیره الذی لم یسـتلزم وصـیته فی الثلث کمکان الـدفن و الولاـیه علی الأطفـال و نحو ذلک فلا، و من فعل ذلک عمـدا- دون الخطأ- و رجاء لأن یموت دون غیره، من غیر فرق فی ذلک بین الجرح و غیره، للصحیح المزبور، فیندرج فیه من یقتل نفسه بالسم مثلا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

لكن هـل يلحق به من القى نفسه إلى التهلكه إشـكال، أقواه عـدم اللحوق للأصـل، كمـا لاـ يلحق به من فعـل ذلك بنفسه عمـدا ليموت، لكن لم يكن عاصيا لكون ذلك جهادا فى سبيل الله، أو لأنه غير مكلف، ثم ارتفع المانع.

و محل البحث ما لو مات بذلك، أما لو عوفى منه فأوصـى فلا اشـكال، بل لا يبعد صـحه وصيته الأولى، إذا كان قد بقى مستمرا عليها، بناء على أن ذلك كالوصـيه المسـتأنفه و إن كان لا يخلو من نظر مع فرض عـدم تجرد إنشاء تمليك، و لـذا لو نساها و لم يجـددها لم تنفـذ، على الأـقوى لظهور الصـحيح المزبور فى عـدم جواز وصـيته فى الحال المفروضه و إن عوفى لكن على معنى عدم أثر للإيجاب المفروض، دون المتجدد بعد أن عوفى.

و دعوى صـحه الإيجـاب فى نفسه و إن كـان لو مـات فى ذلك الجرح لم يترتب عليه أثر، أما إذا عوفى منه ثم مات أثر أثره، إذ هو بحكم المراعى- يدفعها ظهور إطلاق عدم الجواز الصحيح بخلافها.

نعم قـد يقال: إن ظاهر الصـحيح عـدم الجواز من حيث كونه وصـيه للمجروح على حسب الأول من البرء منه أما لو أجاز الوارث فقد يقال بالصحه، لعموم الأدله، اللهم إلا أن يقال:

إن إجازه الوارث تنفيذ، كما ستعرفه فى محله إن شاء الله، و هو يتوقف على صحه الوصيه حتى يتجه التنفيذ.

و فيه: منع الـدليل على عموم عدم الصـحه على وجه لا تقبل التنفيذ، بل لعل إطلاق ما دل على الصـحه مع إجازه الوارث يقضـى بخلافه فلا حظ و تأمل هذا.

و الظاهر عـدم إلحاق التنجيز بالوصـيه، و إن اتفق التعبير بها عنه فى بعض الأحوال على ضـرب من المجاز، اللهم إلا أن يقال: إن منع الشـارع له من الوصـيه لعـدم الثلث له فيمتنع التنجيز أيضـا، لـذلك، بنـاء على أنه منه، لكن لا يخلو من نظر فتأمل جيـدا و الله العالم.

و لا تصح الوصـيه بالولايه على الأطفال، إلا من الأب أو من الجد للأب خاصه الثابته و لا يتهما عليهم زمن الحياه على وجه لهما الوصيه بها نصا و فتوى، بل

إجماعا بقسميه، و لا ينافى ذلک انقطاعها حال عدم الوصيه بها، ضروره كونها حينئذ كالثلث الذى له الوصيه به، و إن لم يفعل لم يكن له شى ء، بخلاف الحاكم الخاص الذى ثبتت ولايته عليهم من حيث الحكومه منهم (عليهم السلام) المقيده زمن الحياه، فهو شبه الوكيل عن الإمام (عليه السلام) بالنسبه إلى ذلک، فينعزل بالموت خصوصا بعد أن كان النصب للصنف الذى ثبت فى حق الشخص باعتبار اندراجه فيه فإذا انعدم فرد، قام مقامه فردا آخر مما حل فيه طبيعه الصنف الذى قد نصبه إمام الأصل و لنحو ذلک لم يصح الوصيه من الأب و الجد له بالولايه مع وجود الآخر و لو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولايه للأب الصادق على كل منهما فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولايه الآخر بموته.

نعم لو كان الولايه منحصره فى أحدهما صح حينئذ الوصيه بالولايه منه، و ليس هكذا الحاكم، لأن إمام الأصل موجود فى كل زمان، و يتولى الأمر عنه حينئذ حسبه عدول المؤمنين فتأمل.

و ليس لوصى أحدهما عليهم الوصيه بالولايه أيضا، إذا لم يكن قد نص الموصى الأول عليه بذلک، لأنه كالوكيل عنه، ينعزل بموته لا- أقل من الشک فى كون ولايته الحاصله له بنصب الأب أو الجد قابله للايصاء بها، و الأصل العدم، و الاستصحاب لا محل له فى الفرض فترجع الولايه حينئذ إلى الحاكم.

و لا ولايه للأم بلا خلاف معتد به للأصل فلا تصح الوصيه منها حينئذ عليهم خلافا للإسكافى فجعل الولايه لها مع رشدها بعد الأب، و ضعفه واضح، لعدم الدليل على ولايتها، بل ظاهر الأدله خلافه و كون الولايه ثابته لها على ثلثها، فلها إخراجه عنهم، لا يقتضى بثبوت الولا-يه لها عليهم، بحيث لو أوصت بالثلث لهم على وجه يكون ملكا لهم، أن تجعل أمره إلى غير وليهم الشرعى لعدم القدره لها على ذلک، ضروره رجوع ذلک إلى الشرع لا إليها، و الثابت منه ما عرفت.

و كذا الكلام فى وصيه الأب مع وجود الجد و بالعكس و حينئذ ف لو أوصت لهم بمال، و نصبت لهم وصيا عليه و على ثلثها و قضاء

دیونها صح تصرفه فی ثلث ترکتها مما لم یرجع إلی الأطفال و کذا تصرفه فی إخراج ما علیها من الحقوق، و لم تمض علی الأولاد لما عرفته من عدم الولایه لها علیهم و لا فرق فی ذلک بین أن یقع الإیصاء منها بعباره واحده، أو بعبارات متعدده ضروره کون الوصیه أوسع من البیع الذی إذا تعلق بما یصح بیعه و ما لا یصح، فإنه ینفذ فی الأول دون الثانی، و إن کان بصیغه واحده کما هو واضح.

و لو أوصت بثلثها لأطفالها علی أن یبقی بید الوصی ثم یملکه لأطفالها بعد البلوغ أو أوصت به علی أن یصرف علیهم ففی تسلط الوصی دون الأب حینئذ إشکال من عدم ملکیتهم للمال، فلا تسلط لولیهم علیه، و من کونه حقا لهم، و الولی مسلط علیه کالمال، و قد یفرق بین الأول و الثانی، و لعل الأقوی الأول لأنه ولایه علی التصرف لا الطفل، فهو کالوقف منها علیهم مثلا علی أن یکون المتولی له غیر الولی لا الوصیه بذلک، فالوقف علی البالغ الرشید و المتولی غیره، و ستسمع أن الوصیه أوسع من غیرها فإن الوقف و إن کان هو علی حسب ما یقفه أهله، لکن الوصیه تتعلق بالمعدوم و نحوه و قد استدل الإمام (علیه السلام) بقوله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» بالوصیه للمجوس و غیرهم علی وجه یظهر منه عموم مورد الوصیه، و أنه لا یجوز تبدیله ما لم یعلم بطلانه فلا حظ و تأمل کی تعلم شمولها للفرض و غیره و التملیک علی وجه مخصوص فی الکبیر الذی لا ولایه لأحد علیه و غیره و الله العالم.

[الفصل الثالث فی الموصی به]

اشاره

فصل الثالث: فی الموصی به، و فیه أطراف

[الطرف الأول فی متعلق الوصیه]

اشاره

الأول: فی متعلق الوصیه، و هو إما عین موجوده أو متوقعه، کحمل الدابه و الجاریه و نحوهما بل و إن لم یکن معتاد الوقوع إذا کان ممکنا، و أما منفعه کذلک و لو حقا قابلا للنقل و الانتقال کحق التحجیر.

و علی کل حال یعتبر فیهما الملک للموصی علی معنی قابلیته لذلک و إن لم یکن مملوکا فعلا کما یومئ إلیه التفریع و نحوه فلا- تصح ب ما لا- یدخل فی ملک أحد أصلا ک الخمر الغیر المحترمه، بخلاف المحترمه کالمتخذه للتخلیل و لا (۱۱) ب الخنزیر و لا (۱۲) ب کلب الهراش (۱۳) بخلاف الکلاب

الأربعه، و الجرو القابل للتعليم التى هى مملوكه و لها منفعه مباحه و ديه، كما مر البحث فيها سابقا و لا ما لا نفع معتد به فيه و لا بآلات اللهو، و نحو ذلک من حيث كونها كذلک ملاحظا اسمها لما عرفت من أن الوصيه التمليكيه قسم من العقود أو الأسباب المملكه، فلا تتعلق بما لا يقبل الملک، بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى الرياض، بل حكى فيه عن التذكره الإجماع عليه و على جواز الوصيه بالكلاب الأربعه معللا ذلک بان فيها نفعا مباحا، و تقر اليد عليه و الوصيه تبرع تصح فى المال و غير المال من الحقوق، و أنه تصح هبته فتصح الوصيه به كالمال، قيل: و يستفاد منه جواز الوصيه بكل ما فيه نفع محلل مقصود، و إن لم يجز بيعه كالفيل و نحوه على القول بالمنع عن بيعه، و به صرح فى التذكره فى المثال و غيره.

قلت: لعل ذلک كله لعموم أدله الوصيه و لذا جاز تعلقها بالمعدوم الذى هو غير قابل لتعلق صفه الملک به، لو لا الدليل حتى ما كان فيه غير معتاد الوجود، و بالحقوق و نحوها و يمكن إراده ما يشمل ذلک من الملک فى المتن و غيره، فتصبح الوصيه حينئذ بالعين التى لا تدخل فى الملک، لكن للمستولى عليها حق اختصاص بها، على معنى الوصيه بذلک الحق الذى للموصى، و كذا حق التحجير.

نعم هى لا تتعلق بما لا يقبل النقل من الحقوق لغير الوارث كحق القذف و نحوه، مما يراد به التشفى الذى هو للوارث دون الموصى له، و يخرج باعتبار الملک أيضا ما كان ملكا للغير و إن أجاز بناء على عدم كون ذلک شبه الفضولى، ضروره كون ذلک وصيه عن الغير بماله، كما لو قال قائل: مال زيد لعمرو بعد وفاته، ثم أجاز زيد لا أنه يقول مال زيد لعمرو بعد وفاتى، ثم يجيز زيد، فإنه لا دليل على مشروعيه ذلک، كما هو واضح.

و الوصيه بالأزيد من الثلث مع أن الحق كون الإجازه من الورثه تنفيذا كما ستعرف، بمعنى أنه لا يدخل فى ملک الوارث، مع أجازته، خارج بالدليل، و لا يقاس عليه غيره، فما عن الدروس من احتمال الصحه واضح الضعف، و إن قواه بعض مشايخنا.

نعم عن التذكره احتمال صحه الوصيه بملک الغير إذا قيده بتملكه و فى القواعد و لو قال:

إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به الفقراء احتمل الصحه لأنه أولى من الوصيه بالمعدوم مع أنه لا يخلو من نظر أو منع يعرف مما قدمناه سابقا، و هو بطلان التعليق على غير الموت للوصيه.

نعم قد يقال: بصحته لو قال إن مت مالكا لذلک فثلثه للفقراء مثلا نحو ما سمعته فی مثل إن مت حرا و فی سفری هذا قیل: و کذا یخرج باعتباره ما لا یقصد ملکه عاده لحقارته کفضله الإنسان أو لقلته کحبه الحنطه و لعل ذلک و نحوه الذی أشار إلیه بقوله «و لا- ما لا نفع» لکن قد یقال: إن ما لا نفع معتد به فیه غالبا إذا اتفق حصول النفع به یختص به من استولى علیه، بل لعل حق الاختصاص به ثابت له مطلقا لصدق الظلم على من انتزعه منه قهرا فتصح الوصیه بهذا الحق، بل مثل حبه الحنطه مملوکه قطعا، و إن کان لا یصح المعاوضه علیها للسفه المفقود فی الوصیه لعدم العوض فیها، مع أنه قد یحصل النفع بها للفخ و نحوه، و بالجمله عمومات الوصیه شامله لذلک کله، و لکل حق قابل للنقل و لو بصلح أو شرط سواء حرم التکسب به أولا. بل بظهر من کلام بعضهم شده التوسعه فی الوصیه حتى أنه ربما صححوا النقل بها لما لا یجوز نقله إلا بها کبعض المعدومات، بل لعل الضابط فیها تعلقها بکل شی ء إلا ما علم خلافه، کما شهد استدلاله (علیه السلام) بصحه الوصیه للمجوس و غیرهم بقوله تعالى «فَمَنْ بَدَّلَهُ» إلى آخره و لذا صحت بالمعدوم و المجهول حتى مثل أحد العیدین و غیر المقدور على تسلیمه، کالآبق و نحوه، بل و ما لیس ما لا مما فیه نفع معتد به، کالزبل للتسمید المصرح به فی قواعد الفاضل و غیرها، و نحو ذلک مما یدل على التوسعه فی متعلق الوصیه ما لم یعلم العدم، و إن کان بعضه لا یخلو من نظر، بل صرح فی الدروس بالمنع من الوصیه بالسرجین النجس، و الحشرات التی تقدم فی المکاسب بعض الکلام فی ثبوت حق أو ملک بالاستیلاء علیها مطلقا أو حال الاحتیاج إلیها، و کالوصیه بحق الخیار مجردا عما فیه الخیار، فإنه و إن کان یورث، لکن انتقاله بالوصیه أو غیرها من النواقل مشکل.

نعم یصح الصلح عنه إسقاطا، بل لو أوصى بالعین التی له الخیار فیها یشکل انتقال الخیار للموصى له، لأنه من توابع العقد دون العین، و ربما حکی عن بعض المحققین ممن قارب عصرنا جواز نقل حق الخیار بالصلح مثلا، فیکون الثمن و المثمن لمن انتقال إلیه الخیار، و هو

مشكل من وجوده، و كذا النظر فی اعتبار بعض ما أوصی به مما ليس بمتقوم، لعدم كونه مالا بالنسبه إلی الثلث، فهل يفرض القيمه لها نحو فرض الحر عبدا أو يجعل قيمه منفعته قيمته، أو يرجع إلی العدد و قد يحتمل عدم اعتبار الثلث فی مثل الفرض، حملا لما دل علی ذلک علی غير الفرض، و إبقاء لعموم الوصيه علی حالها، فلو فرض عدم مال له إلا ذلک نفذ الوصيه من دون شی ء للوارث، بل و لا لذی الدين، لأن الفرض عدم كونه ما لا يتعلق به الدين، علی وجه يكون وفاء عنه هذا، و قد وقع للفاضل فی القواعد فی الفرض و نظائره ما هو محل للنظر أو المنع، بل منه غير المنطبق علی أصولنا فلا حظ و تأمل.

ثم إن إطلاق المصنف و غيره عدم جواز الوصيه بالخمر و الخنزير يقتضی عدم الفرق بين كون الموصی و الموصی له مسلمين أو كافرين، أو أحدهما مسلما و الآخر كافرا و لعله كذلک، لتكليف الكافر بالفروع كالمسلم، و إن كنا مأمورين بإقرارهم و إلزامهم بما الزموا به أنفسهم، و معاملتهم علی ما عندهم، لكن ذلک كله لا يقتضی الصحه و لعله بذلک يجمع بين العبارات و الله العالم.

و كيف كان ف يتقدر كل واحد منهما أی العين و المنفعه بقدر ثلث التركه فما دون و حينئذ ف لو أوصی بما زاد بطلت فی الزائد خاصه، إلا أن يجيز الوارث بلا خلاف معتد به أجده فی شی ء من ذلک، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص مستفيضه فيه أو متواتره.

فما عن علی بن بابويه- من عدم تقديرها بذلک، بل لو أوصی بماله كله نفذ، تمسكا

بالرضوی (۱)«فإن أوصی بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصی إنفاذ وصيته علی ما أوصی به»

والخبر «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصی به كله فهو جائز»

وفی آخر(۲)«رجل أوصی بتركته متاع و غير ذلک لأبی محمد (عليه السلام) فكتب إليه جعلت فداک رجل أوصی إلی

۱- ۱ المستدرک ج ۲۳ ص ۵۲۳ مع اختلاف يسير.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۶.

بجميع مـا خلف لـك، و خلف ابنتى أخت له، فرأيـک فى ذلـک فكتب إلى بع ما خلف و ابعث به، فبعت و بعثت به اليه فكتب إلى قد وصل»

و نحوه غيره مؤيدا كله ذلک بالإطلاقات.

واضـح الضـعف لقصور ذلک كله عن مقاومه ما عرفت، من وجوه عديـده، بل احتمل كون المراد من عباره المخالف و مستنده أنه يجب صـرف المال الموصى به بجميعه على حسب ما أوصى، من حيث وجوب العمل بالوصيه و حرمه تبديلها، بنص الكتاب و السـنه حتى يعلم فسادهـا و بطلانها، و لو بالجور فيها على الوارث، و اراده حرمانه عن التركه، و مجرد احتمال ذلک غير كاف، فإذا وقع من الموصـى الوصـيه بأزيد من الثلث و لم يعلم الوجه فى ذلک، و لعله كان لحق له عليه أو غيره وجب إنفاذها، و حرم تبديلها حملا لها على الوصيه النافذه، و

عملاـ بتلـک الإطلاقـات، و لأـنه أعلم بمـا فعل، هـذا غير جواز الوصـيه بالزياده على الثلث تبرعا، الـذى هو محل البحث، فيكون الحاصل وجوب إنفاذ الوصيه، و إن زادت حتى يعلم أنها وقعت تبرعا، فتتوقف حينئذ على الإجازه، و فى الرياض أن هذا التوجيه و إن لم يكن ظـاهرا من عبارته فلا أقل من مساواه احتماله، لما فهموه منهما، فنسـبتهم الخلاف إليه ليس فى محله، و عليه لبه فى التذكره فلا خلاف من أحد حينئذ فى المسأله.

قلت: لكن قد يقال أولا بمنع المحمول عليه، لعدم مشـروعيه صوره تصح فيها الوصـيه التى هى بمعنى التمليک بعد الموت بأزيد من الثلث، من دون اجازه الوارث حتى فى صوره النذر و أخويه، لظهور الأدله فى اشتراط صـحه الوصـيه بعدم الزياده على الثلث إلا مع إمكان إجازه الوارث، فلا ينعقد النذر على غير المشـروع، و احتمال اشـتغال ذمه الموصـى بمال للموصى له، لا يجدى فى صحه الوصـيه بالمعنى المزبور، ضـروره عدم كون ذلک وفاء له، بعد فرض كون المراد تمليكه إياه بالوصيه دون الوفاء، كما أن احتمـال فرض غير ذلـک يقتضـى خروج المسأله عن الفرض الـذى هو تمليک الزائـد على الثلث بالوصـيه من دون إجازه، و من ذلـک يظهر لـک أنه لاـ وجه لتقسم الوصـيه إلى التبرعيه و غيرهـا، فتعتبر إجازه الوارث فى الأولى، دون الثانيه، و بعـد التسـليم- لظهور النصوص كمـا لاـ يخفى على من لاحظها فى الحكم بالوقوف على إجازه الورثه، بمجرد اشـتمال الوصـيه على الأزيـد من الثلث، فيكون الأمر على العكس فيما ذكره الموجه،

ضروره كون مدار الحكم بذلك، حتى يعلم أن صدورها منه لسبب من الأسباب التى توجب الإخراج من الأصل عملا بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد عن الثلث، حتى يعلم خلافه، و أصاله النفوذ فى الوصيه بعد تسليمهما إنما هى حيث لا تعارض حق الغير، و من هنا قد اشتملت جمله من النصوص قولا ـ و فعلا ـ على رد الوصيه الزائده عن الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصى كذلك، ما لم يعلم سبب من أسباب التعلق بالأصل، و لو من إقراره، و لعل ذلك هو الأقوى ترجيحا لهذه الأدله على تلك الأدله، و إن سلم كون التعارض بينهما من وجه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوص المقام متدبرا فيها، و الله العالم.

كما أنه منها يعلم أيضا عدم اعتبار قصد الموصى الثلث فى تنزيل وصيته عليه، فلو أوصى بشى ء ينطبق عليه أو يقصر عنه صح، و نفذ منه و إن لم يكن قد قصد ذلك، بل و إن قصد من الأصل.

نعم لو أوصى بشى ء بعد أن أوصى بالثلث مثلا مصرحا بإراده إخراجه من الأصل كان ذلك موقوفا على الإجازه من الوارث، و إن وسعه الثلث، لأنه قد قصد إخراجه من الأصل على وجه لا يعارض ما أوصى به أولا، إلا ما يخصه من التقسيط الذى هو فى الحقيقه رجوع به عن الوصيه الأولى، كما لو صرح بإخراجه من الوارث، و سلامه ثلثه منه، فحمل التعلق بالثلث فى الفرض الوصيه المقصود خروجها منه، أو المجرده عن قصدها ذلك و قصد خلافه.

و الوجه فى الأول واضح، بل الثانى أيضا ضروره التمكن من إنفاذ الوصيه فيه، و لصدور السبب من الموصى و له محل قابل للتعلق به، فيعمل عمله، إذ الأصل فى الأسباب ترتب مسبباتها عليها ما لم يحصل لها معارض، و احتمال البطلان فى الوصيه فى الفرض مناف لإطلاق أدلتها المقتضى لصحتها، كما هو واضح و ربما تسمع له زياده تحقيق إن شاء الله، و لا فرق فيما ذكرنا بين الوصيه بالحصه المشاعه كالربع و النصف و بين الوصيه بشى ء معين كالفرس و العبد و نحوهما.

و كيف كان ف لو كانوا أى الورثه جماعه فأجاز بعضهم، نفذت الإجازه فى قدر حصته من الزائد لحصول المقتضى بالنسبه إليه، و ارتفاع المانع،

و لا- يقدح هنا التبعيض، كما لا- يقدح فى غيرها من العقود، مثل بيع مال الغير إذا كان للمتعددين فأجاز بعضهم، و امتنع الآخرون، و كذا لو أجاز الجميع البعض، أو البعض البعض، لاتحاد الجميع فى المدرك، كما هو واضح.

فلو فرض كون الوارث أبناء و بنتا و أوصى بنصف ماله، فإن أجاز معا فالمسأله من سته، لأن لهما نصف التركه أثلاثا، و إن رد معا فالمسأله من تسعه، لأن لهما ثلثى التركه أثلاثا، فأصلها ثلثه، ثم تنكسر عليها فى مخرج الثلث و لا وفق، و إن أجاز أحدهما ضربت وفق إحدى المسألتين، و هو الثلث فى الأخرى، تبلغ ثمانيه عشر للموصى له الثلث، بغير إجازه سته، و لهما الثلثان اثنى عشر أثلاثا، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد، و هو سهم من البنت و سهمان عن الابن، إذ لو أجاز الابن لكان له سته من الثمانيه عشر، و معه من الأنثى عشر ثمانيه، فيدفع إلى الموصى له سهمين، و لو أجازت البنت لكان لها ثلاثه من الثمانيه عشر، و معهما أربعه فيندفع سهما فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما تسعه هى النصف، و على تقدير إجازته خاصه ثمانيه، و على تقدير إجازتها خاصه سبعه، و قس عليه ما يرد عليك من نظائره.

و على كل حال ف إجازه الوارث تعتبر بعد الوفاه إجماعا بقسميه، و نصوصا و هل تصح قبل الوفاه فيها قولان: أشهرهما انها تلزم الوارث بل هو المشهور، بل عن الشيخ الإجماع عليه

للصحيحين (۱)«رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلک، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقروا به؟ قال: ليس لهم ذلک، الوصيه جائزه عليهم»

و نحوهما غيرهما، كما هو مؤيد بعموم الأدله الداله على وجوب إمضاء الوصيه، و كون الإرث بعدها، خروج منها ما إذا لم يجز الوارث مطلقا فيبقى الباقى، و بأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنما هو لحق الورثه، و هو متحقق فى حال الحياه، فإذا أجازوا فقد

أسقطوا حقهم، و بأن المال الموصى به لا يخرج عن ملک الموصى و الورثه لأنه ان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

بری ء کان المال له، و إن مات کان للورثه، فإن کان للموصی فقد أوصی به، و إن کان للورثه فقد أجازوه، و لأن التعلیق الذی فی الوصیه لیس للإنشاء فیها، کیلا یقبل القبول و الإجازه، بل هو لحصول الأثر فیها، و إلا فالإنشاء حصل الآن فعلا، نحو الأوامر المعلقه و النذور کذلک، فإن المعنی الإنشائی فیها حاصل عند حصولها، و لذا لم یحتج المأمور بأمر معلق علی شی ء إلی أمر جدید عند حصول المعلق علیه، و لم یجز إتلاف المنذور قبل حصول المعلق علیه، و کذلک ما نحن فیه، فإن المراد من قولنا «هذا لزید بعد وفاتی» إنشاء هذا التملیک المعلق فیقبل القبول و الإجازه و غیرهما، لا أن المراد تعلیقه علی وجه لا یقبل القبول و الإجازه إلا بعد الموت.

و دعوی- تسلیم ذلک و أن الامتناع فی إجازه الوارث باعتبار عدم حق له الآن، فلا تؤثر أثرا، لا من حیث تعلیق الوصیه- یدفعها أنه لا إشکال فی استحقاق الوارث من حیث الإرث بل ینبغی القطع به حال المرض نحو استحقاق صاحب الدین فی مال المفلس و نحوه، کما أنه لا إشکال فی کون الوصیه تصرفا یظهر أثره مقارنا لاستحقاقه، و لذا لاحظه الشارع بالنسبه إلی الثلث و الثلثین، و مرجع أجازته رضاؤه بکونه غیر وارث بالنسبه إلی ما تعلق به الوصیه، و هذا شی ء قبال للوقوع منه حال حیاه الموصی، و ستعرف أن إجازه الوارث تنفیذ، لا ابتداء هبه و المراد به ما عرفت و حینئذ فیتضح وجه ما سمعته من النص و الفتوی من تحقق الإجازه حال الحیاه، و ترتب أثرها علیه.

نعم مقتضی ما ذکرناه قابلیه الوصیه للرد من الموصی له کالقبول، لاشتراکهما فی المعنی المزبور، إلا إنه للدلیل لم یکن أثر للرد فی الحیاه، و أن القبول بعده و بعد الموت مجد کما عرفته فی محله، و أما هنا فقد صرح غیر واحد أیضا بأن عدم الإجازه من الوارث حال الحیاه لا- ینافی ترتب أثرها علیها بعد الوفاه بعد الرد المزبور، لاندراجها فی إطلاق الوصیه، و لأن حاصل الرد المزبور أنه لم یرض بخروجه عن الإرث بالنسبه إلی ما أوصی به الموصی، فإذا رضی بعد ذلک لم یکن منافیا للسابق فی ذلک الزمان الذی فی الحقیقه حاله کحال الزمان الذی لم یعلم الوارث بالوصیه به، أو علم و لم یتعرض للإجازه و ردها، و لیس هو کإجازه الفضولی فی عقد البیع الذی مرجعها إلی قبول العقد و عدمه، فإذا رده لم یجد قبوله بعد ذلک، کما أنه إذا قبله لم یجد رده بعد ذلک، لتحقق الانفساخ فیه، بخلاف الإجازه فی المقام التی مبناها رضا الوارث بعدم

كونه وارثا، أو رضاه بكونه وارثا، و أما قبول العقد و رده فهو للموصى له لا له، مضافا إلى ما سمعته سابقا من عدم كون الوصيه عقدا حقيقه، و إنما هى كالعقد فى بعض الأحكام.

و من ذلك كله يظهر لك إن ما عن المقنعه و المراسم و السرائر و الوسيله و الجامع و الإيضاح و شرح الإرشاد من عدم نفوذها حال الحياه، فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصى- ضعيف، إذ لو سلم أن ذلك مقتضى القواعد لكنه لا يعارض ما عرفت من الأدله المعتبره المعمول بها بين الأصحاب.

نعم ربما خص بعضهم نفوذ الإجازه حال مرض الموصى، لا- حال صحته، مع أنه مناف لما عرفته من إطلاق النص و الفتوى أيضا، و كذا ما عن بعضهم من الجميع بين القولين بالتفصيل بين غناء الوارث و فقره، فإن كان الوارث غنيا و قد أجاز بلا استدعاء من الموصى لم يكن له الرجوع، و إن كان فقيرا أو غنيا و دعاه الموصى إلى الإجازه فأجاز حياء كان له الرجوع، فإنه كما ترى واضح الفساد، بل لا يوافق أصول الإماميه و قواعدهم، فضلا عن إطلاق النص و الفتوى- هنا، الذين مقتضى الثانى منهما، بل و بعض الأول أنه ليس للوارث الرجوع عن أجازته حال حياه الموصى، فضلا عن الرجوع بعد وفاته، و فى محكى الإيضاح الاعتراف بأن ظاهر الفتوى ذلك، و أنه قد يفهم من الروايه ما يدل عليه، ثم إن الظاهر عدم الفرق بين الإجازه بعد الوصيه، و بين الإذن فيها سابقا كما لا فرق فى ذلك أيضا بين الوصيه التمليكيه و العهديه كالوصيه بالوقف و العتق و نحوهما، و الله هو العالم.

و كيف كان ف إذا وقعت الإجازه بعد الوفاه كان ذلك إجازه لفعل الموصى و تنفيذا له، بلا خلاف أجده بيننا، بل ربما ظهر عن بعضهم الإجماع عليه، بل هو من المقطوع به لو وقعت حال الحياه بناء على اعتبارها، بل و كذا الحال فى إجازه المنجز، بناء على كونه كالوصيه فى خروج الزائد من الثلث بالإجازه و ليس ذلك بابتداء هبه من الوارث كما عن بعض العامه و حينئذ فلا تفتقر صحتها إلى قبض و لا يجرى عليها أحكام الهبه التى أطنبوا هنا فى ذكرها تفريعا على القولين، ضروره كون مفادها الرضا بما فعله الموصى، من كون ما أوصى به

لمن أوصى له، و أنه خارج عن إرث ورثته، كما لا يخفى على من له أدنى نظر.

و أولى من ذلك العتق و نحوه، فإن الوصيه بالمعنى الأعم التى هى موضوع البحث هنا، لا تختص بالتمليكيه، كما يظهر ذلك مما ذكروه من الفروع فى المقام، كما أنه يظهر منهم عدم الفرق بينها، و بين المنجز، بناء على توقف الزائد على الثلث فيه على الإجازه، و من المعلوم عدم كونها صيغه عتق مثلا.

نعم لو كان التردد بين ذلك، و بين احتمال كون الإجازه من الوارث بعد ملكه للموصى به بموت الموصى، و أنها من إجازه مالك، نحو إجازه الفضولى و غيرها كما هو مقتضى ما دل على ملك الوارث بموت مورث ما تركه له، و يلتزم حينئذ للجمع بين الأدله، بترتب ملك الموصى له على ملك الوارث ترتبا ذاتيا لا زمانيا، فلا ينافى ذلك حينئذ إراده الموصى ملك الموصى له بالموت، نحو ملك الولد الوالد الذى ينعتق عليه، لكان له وجه فى الجمله، و إن الأقوى خلافه أيضا، لظهور أدله بعض أفراد الوصيه فيما يراد منها من خروج الوارث عن ارث ما أوصى به، فهى حينئذ كالمقيده لأدله الإرث خصوصا بعد ظهور الأدله أيضا فى كون الموصى له يتلقى من الموصى، لا الوارث.

نعم هو كذلك فى البعض الأخير منها، و ما لا ينافى ملكيه الوارث و إن كان بقدر الثلث، كما فى الوصيه العهديه أو التمليكيه التى يجب على الوارث تنفيذها، و كان مالكا كما يجب عليه وفاء الدين كذلك، إذا كانت بقدر الثلث أو أزيد مع الإجازه، و لا ريب فى كون الإجازه حينئذ نحو إجازه الفضولى، و ليست تنفيذا بالمعنى الذى ذكره الأصحاب الذى فرعوا عليه إجازه المفلس و السفيه و نحوهما، كما أنه لا ريب فى عدم كون المراد من القول المقابل للتنفيذ أن الإجازه نفسها هبه أو عتق أو نحو ذلك، ضروره أن الرضا بما فعله الموصى من الإيصاء الشامل للعهد و غيره، ليس عقد هبه أو عقد بيع مثلا، و إيقاع عتق، و لذا لم يذكر أحد مثل ذلك فى الفضولى، لا على القول بالكشف، و لا على القول بالنقل، فلا بد من حمله على ما ذكرناه، و إلا كان واضح البطلان، كما أنه لا بد من تنقيح المسأله على الوجه الذى قلنا، و به يظهر لك ما فى كثير من الكلمات فلاحظ و تأمل، حتى ما ذكروه فى التنجيز، و أنه فى الزائد على الثلث

كالوصيه فى البحث المزبور، و الله اعلم.

ثم لا يخفى عليك أن الإجازه لا تصح من المجنون و الصبى، و تصح من المفلس حال حياه الموصى، و فى الروضه فى صحتها بعد موته وجهان: مبناهما على أن التركه هل تنتقل إلى الوارث؟ و بالإجازه تنقل عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازه كاشفه عن سبق ملكه من حين الموت، و على الأول لا تنفيذ لتعلق حق الغرماء بالتركه قبل الإجازه، و على الثانى يحتمل الأمرين، و إن كان النفوذ أوجه.

لكنه خبير بأن المعروف بين الأصحاب كون الإجازه تنفيذا و المراد به الرضا بالخروج عن كونه وارثا بالنسبه إلى الموصى به، و أن مقابله ما يحكى عن العامه من كونه ابتداء هبه و من هنا بنى المسأله فى محكى التذكره عليهما فقال: إن قلنا: إنها هبه لم تصح، لأنه ليس له هبه ماله، و أما السفيه ففى القواعد و محكى غيرها إطلاق المنع من أجازته، لكن قد يقال: إنه كالمفلس بالنسبه إلى ذلك، لعدم كونه مالكا فى حال الحياه بل لم يتصرف فى المال بعد الوفاه، و إنما رضى بعدم كونه وارثا و هو ليس تصرفا ماليا حتى يمنع منه، اللهم إلا أن يقال: إنه ممنوع مما يشمل مثل هذا التصرف لكن يأتى احتمال مثله فى المفلس، و لعل ذلك هو الوجه فى الأمرين اللذين فى الروضه.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الوصى أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافه الناس لكن على الكفايه العمل بما رسمه الموصى مما أوصى به إذا لم يكن منافيا للشرع و إن كان إنما يعتبر ذلك إذا كان بقدر الثلث أو أزيد إذا أجاز الوارث.

و يعتبر الثلث وقت الوفاه أى لا وقت الوصايه الذى هو ليس زمان الملك بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع محكى عن الخلاف و إن لم يكن محصلا عليه فلو أوصى بشى ء و كان موسرا فى حال الوصيه، ثم افتقر عند الوفاه، لم يكن بإيساره اعتبار، و كذلك لو كان فى حال الوصيه فقيرا ثم أيسر وقت الوفاه، كان الاعتبار بحال يساره و المخالف فى ذلك بعض الشافعيه.

نعم قال ثانى المحققين و الشهيدين: هذا إنما يتم بغير اشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار، أو بشى ء معين أو شقص منها، أو كانت بجزء مشاع كالثلث و كانت التركه حين الوصيه أزيد منها حال الوفاه، أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاه، مع عدم العلم بإراده الموصى للزياده المتجدده، لأصاله عدم التعلق و شهاده الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده، متوقعا غالبا، خصوصا مع زيادته كثيرا، و زاد أولهما- أنه قد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه، و له ابن و ابن ابن، فمات الابن، فان استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردد، بل قال: إنه قد يتوقف فى ديه العمد، من حيث تجدد ثبوتها بعد الموت.

كما أنه أورد أيضا على العباره و ما شابهها بأنه ربما تلف بعض التركه بعد الموت و قبل قبض الوارث إياها، فلا يحسب ذلك على الوارث، و يصير الثلث أقل، و ربما تجدد بعد الموت ديه نفس أو طرف بصلح و نحوه، فيصير أكثر، فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت، بل يقيد بوقت قبض الوارث التركه، و أخذ ديه النفس و الطرف، و قبول الوصيه لمورثه إذا كان بعد موت الموصى الأول، بناء على أن القبول كاشف.

قلت: قد يدفع الأخير بالتنزيل على الغالب، حتى ما وقع فى الدروس «و المعتبر الثلث حين الوفاه لا حين الوصيه، و لا ما بينهما و لا بعد الوفاه، لأنه الوقت الذى تنتقل فيه التركه إلى الوارث» أو بما سمعت من أن المقصود من التقييد فى نحو المتن الرد على بعض الشافعيه القائل بكون العبره وقت الوصيه، ضروره تنزيل الموصى له مع الوارث منزله الشريك، فى أن ما يبقى لهما، و ما يتلف عليهما، كما هو واضح فيما لو كان الموصى به الثلث، أو حصه مشاعه منه، بل لو كان الموصى به شيئا معينا كان مرجعه الوصيه بمقدار ما يساوى قيمتها من الثلث، فهو أيضا كالشريك، و كذا لو أوصى بمقدار كلى كالمائه دينار، و كانت بعض الثلث.

إنما الإشكال فى أن هذا و نحوه هل يرجع إلى الوصيه بحصه مشاعه من الثلث حتى أن التالف منه ينقض من الموصى به على حسب النسبه، لأنه كالوصيه بربع الثلث مثلا أو أنه لا يرجع إلى ذلك، بل هو كلى مضمون فى الثلث، حتى لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوى ذلك نفذت

الوصـيه، وجهـان: منشؤهمـا أن الكلى يملـك فى الخارج لا على جهه الإشاعه على وجه تشـمله عمومات الوصـيه مثلا، أو أنه لا يملـك إلاـ على جهه الإشـاعه إلاـ مـا خرج بالـدليل، كبيع الصـاع من الصبره، بنـاء عليه لخبر الأطنان و ربما يؤيـد الثانى تنزيلهم الأرطال المستثناه فى بيع الثمار على الإشاعه، و كذا الشاه مثلا فى الزكاه.

لكن الأمر فى الوصـيه واسع فلا يبعـد قابليتها للتمليك على هـذا الوجه، و قد تقدم تحرير هذه المسأله فى باب الزكاه و البيع، فلا حظ، على أن دعوى عدم ملكيه الكلى فى الخارج إلا على جهه الإشاعه خاليه عن الدليل، بل ملك أحد السيوف فى الحياه مثلا و الوصـيه و نحوهما قاض بخلاف، و التحقيق فى المسأله ما أشرنا إلى من أن الإشاعه تاره تكون من نفس الوصيه، بأن يوصى به على وجه الإشاعه، و أخرى تكون من حكم الشارع بأن للميت الثلث و لا ريب فى اقتضاء الأولى قواعد الشركه، كما أنه لا ريب فى اقتضـاء الثـانيه النقصـان بنقصـان الثلث، و إلاـ وجب الأـداء ما دام ممكنا و إن نقص من أصل التركه ما نقص، و لا يتـدارك الموصـى بـه بكسـر مـن الكسـور، على وجه ينقص منه بالنسـبه، ضـروره عـدم دليـل عليه، و منافـاته لمـا دل على وجـوب العمل بالوصيه.

و دعوى- أن المراد قـدر الثلث حتى لو أوصـى بـالثلث، و لـذا تكون التركه للوارث بـالموت- لاـ دليـل عليهـا، بـل ظـاهر الأـدله خلافها.

نعم قد يكون كذلك، لا أن كل وصيه كذلك بل لعل لفظ الوصيه بالثلث مثلا خلافه، كما تقدم نظير ذلك فى تعلق الخمس و الزكاه بالعين، لا أن المراد مقدار ذلك فى الذمه كما توهمه بعض فتأمل جيدا و الله العالم.

و أمـا ذكراه من الزيـاده المتجـدده، فيـدفعه أن المفهوم عرفـا من الوصـيه بـالثلث مثلاـ اراده مصـداقه عن الموت الـذى هو محل الانتقـال و اتفاق مصـداقه قبله لا يقتضـى تقييـد ذلك به، و فرض قيام القرائن على ذلك خروج عن محل البحث، كما لو صـرح بذلك.

بل قد يشـهد لما قلناه ما تطابق عليه النص و الفتوى من أنه لو أوصـى ثم قتله قاتل أو جرحه جارح كانت وصيته ماضيه، من ثلث تركته و ديته و أرش

جراحته إذ كان ذلک خطأ، بل الإجماع محکی ان لم یکن محصلا علیه.

و

فی خبر محمد بن قیس (۱)«قلت لأبی جعفر (علیه السلام): رجل أوصی لرجل بوصیه من ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأ، یعنی الموصی فقال: تجاز لهذه الوصیه من ماله و دیته».

و فی المرسل (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصی بثلث ماله، ثم قتل خطأ فقال: ثلث دیته داخل فی وصیته».

وفی خبر محمد بن قیس (۳)عن أبی جعفر (علیه السلام) «أیضا أنه قال: قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل أوصی لرجل بوصیه مقطوعه غیر مسماه من ماله ثلثا أو ربعا، أو أقل من ذلک أو أکثر، ثم قتل بعد ذلک الموصی فودی فقضی فی وصیته أنها تنفذ ماله و دیته کما أوصی».

و فی خبر السکونی (۴)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام) من أوصی بثلثه ثم قتل خطأ فإن ثلث دیته داخل فی وصیته».

ضروره تجدد استحقاق الدیه من بعد الوصیه التی قد صرحت النصوص بإخراجها من ثلثها أیضا بل ربما أشکل بذلک ما سمعته من إطلاق الأصحاب کون العبره بالثلث عند الوفاه باعتبار تأخر استحقاقها عن الموت.

لکن قد عرفت أن إطلاقهم ذلک إنما هو بالنسبه إلی وقت الوصیه بمعنی عدم العبره بالثلث حاله، علی أنه لما کان استحقاق الدیه المزبوره مقارنا للموت صدق علیه أنه من الثلث وقت الوفاه.

نعم ذلک کله فی دیه الخطأ التی قد صرح فیما نصا و فتوی بل قد شهد لها الاعتبار مضافا إلی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الفقیه ج ۴ ص ۱۶۹.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳- ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳- ۲.

ذلک، ضروره کونها عوضا عن نفسه، کالقیمه للتالف، فتعلقه بها أشد من تعلق وارثه، و

لذا أدخلها الشارع فی أمواله و علق بها دیونه و وصایاه، بل ربما کان ذلک هو الوجه فی دیه العمد أیضا، و إن قلنا ان الواجب به أولا القصاص الذی هو غیر قابل لتعلق الدین و الوصیه به.

لکن لما لم یستوفه الوارث و أراد الصلح بالدیه تعلقت بها الوصایا و الدیون، لأنها فی الحقیقه أیضا عوض عن نفس المجنی علیه، و قیمه له فتتعلق بها الوصایا و الدیون.

مضافا إلی ترک الاستفصال

فی خبر عبد الحمید(۱)«سألت أبا الحسن الرضا (علیه السلام) عن رجل قتل و علیه دین، و أخذ أهله الدیه من قاتله، أ علیهم أن یقضوا الدین؟ قال: نعم، قلت: و هو لم یترک شیئا قال: أما إذا أخذوا الدیه فعلیهم أن یقضوا الدین».

وفی خبر یحیی الأزرق (۲)عن أبی الحسن (علیه السلام) فی رجل قتل و علیه دین و لم یترک مالا و أخذا أهله الدیه من قاتله أ علیهم أن یقضوا دینه؟ قال: نعم. قلت: هو لم یترک شیئا قال إنما أخذوا الدین فعلیهم أن یقضوا دینه».

بل هو صریح

خبر أبی بصیر(۳)عن أبی الحسن موسی بن جعفر (علیه السلام) قال: قلت:

فان هو قتل عمدا، و صالح أولیاؤه قاتله علی الدیه، فعلی من الدین علی أولیائه من الدیه أو علی إمام المسلمین؟ فقال: بل یؤدوا دینه من دیته التی صالح علیها أولیاؤه فإنه أحق بدیته من غیره،»

و هو مع صراحته بوفاء الدین من دیته فی العمد، فیه رمز إلی ما ذکرناه من الوجه فی ذلک.

و من هنا لم یفرق المشهور بین الدیتین بالنسبه إلی تعلق الدیون و الوصایا بل قیل: إنه قد حکی إجماعات علی ذلک، و إنه لم یخالف فیه إلا ما یوهمه کلام ابن إدریس فی باب قضاء الدین عن المیت، و هو اجتهاد فی مقابله النص نحو ما وقع من بعضهم فی المقام من الإشکال

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب أحکام الدیون الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب أحکام الدیون الحدیث- ۲.

۳- ۳ الفقیه ج ۴ ص ۸۳ الرقم ۲۶۴ و الخبر عن علی بن أبی حمزه.

فی ذلک، بناء علی ما هو المشهور من أن الواجب فی العمد القصاص، لا أحد الأمرین ذلک، أو الدیه، کما عن أبی علی و الشافعی.

ضروره أن ذلک کله کالاجتهاد فی مقابله النص الذی قد عرفت اتفاق الأصحاب إلا النادر علی- العمل به، بل تسمع إن شاء الله فی باب الدیات أن ما یجنی علی المیت بعد موته- کما إذا قطع رأسه و هو میت، فإنه فیه مائه دینار- فی حکم ماله، و أنه و إن کان علیه دین فهو أولی به.

و من ذلک کله یعلم أن جمیع ما یؤخذ عوضا عن نفس المیت أو بدنه فی حکم ماله و کذا ما یقع فی شبکته بعد موته، لمکان وجود سببه قبل الوفاه، و قد ظهر بذلک کله الحال فی المناقشات المزبوره، التی مرجعها المؤاخذه علی إطلاق مساق لبیان أمر آخر و نحوه، خصوصا المناقشه بالنسبه إلی النقیصه المتجدده بعد الموت قبل قبض الوارث، فان من المعلوم دخول النقص المزبور علی الموصی له و الوارث بذلک من غیر فرق حینئذ بین کون الموصی به عینا أو جزءا مشاعا، إذا فرض نقصان الثلث بالتلف المزبور عن خروج العین الموصی بها، و لیس المراد من وقت الوفاه فی المتن و نحوه الإشاره إلی ذلک، بل هو مبنی علی ما هو الغالب من اتحاد وقت الوفاه و القسمه، و بقاء ترکه المیت علی حالها.

و أما ما ذکره من الوصیه لأقرب الناس، فقد قیل: أن النظر فیه فی غیر محله، و أنه یدفع المال إلی ابن الابن، و ان کان الموجود وقت الوصیه لابن بل قیل: إنه لم یتوقف فیه أحد غیره، بل هو نفسه قد اعترف بعد ذلک بأن استحقاق ابن الابن لا یخلو من قوه فلا حظ و تأمل و الله العالم.

و لو أوصی إلی انسان بالمضاربه بترکته أو ببعضها علی أن الربح بینه و بین الورثه نصفان صح و ربما یشترط کونه قدر الثلث أو أقل و الأول مروی

عن الصادق فی الموثق (۱)أو الخبر أنه «سئل عن رجل أوصی إلی رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصیه أن یعمل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۲- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲- ۱.

بالمال، و أن يکون الربح بينه و بينهم؟ فقال: لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له فی ذلک، و هو حی».

و فی خبر خالد بن بکر الطويل (۱)قال: «دعانی أبی حين حضرته الوفاه، فقال: يا بنی اقبض مال إخوتک الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليک ضمان، فقدمتنی أم ولد أبی إلی ابن أبی ليلی، فقال: ان هذا يأکل أموال ولدی، قال: فاقتصصت عليه ما أمرنی به أبی، فقال لی ابن أبی ليلی: ان کان أبوک أمرک بالباطل لم أجزه، ثم أشهد علی بن أبی ليلی ان أنا حرکته فأنا له ضامن، فدخلت علی أبی عبد الله (عليه السلام) فقصصت عليه قصتی، ثم قلت له: ما تری؟ فقال: أما قول ابن أبی ليلی فلا أستطيع رده، و أما فيما بينک و بين الله عز و جل فليس عليک ضمان».

و المناقشه فی الأولی- بأنها بعد التسليم من قسم الموثق الذی لا يجوز العمل به، و فی الثانيه بالجهاله کما أن جبر الضعف بالشهره مشهور لا أصل له- مفروغ من فسادها فی الأصول، علی أنه فی سند الثانی ابن أبی عمير و السند إليه صحيح، و هو ممن أجمع علی تصحيح ما يصح عنه، فلا يضر جهاله من بعده، فی وجه.

و کيف کان فصريح الثانی- لظاهر الوصيه بالولد، فی الأول- کون الورثه صغار و الموصی ولی لهم، و من هنا قال فی الدروس مشيرا إلی

الأول: «روی محمد بن مسلم جواز تفويض المضاربه إلی الوصی علی نصف الربح مع صغر الأولاد و بها قال الجماعه، و نحوه ما عن المهذب البارع، قال هذه المسأله يوردها المصنفون فی المضاربه و الوصيه و موضوعها فی کتب الفقه و النص هو أن ينصب الإنسان علی أطفاله وصيا، و يأذن له فی الاتجار بمالهم إلی آخره، ثم قال إن ألفاظ الفقهاء تختلف فی التعبير عنها، و حکی بعض عباراتهم فی المضاربه و بعضها فی الباب و فی النافع تصح الوصيه بالمضاربه بمال ولده الصغار.

لکن فی المسالک «أن المصنف و أکثر الجماعه أطلقوا الصحه فی الورثه الشامل للمکلفين، و شمل إطلاقهم و إطلاق الروايتين ما إذا کان الربح بقدر أجره المثل، و ما کان زائدا عليها بقدر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۲- من أبواب أحکام الوصايا الحديث- ۲- ۱.

الثلث أو أكثر، و فى محكى الكفـايه إن المشـهور لم يعتبروا كون الأولاد صـغارا، و لعل وجهه إطلاق ما دل على تنفيـذ الوصـيه المقيـد بالثلث إذا كانت الوصـيه مفوته للمال على الوارث، أو بالأعم من ذلک و مما فيه ضـرر عليه، أما إذا لم يكن كـذلک بل كـانت الوصـيه تصـرفا فى المـال على وجه لاـ تفويت فيه للمـال على الوارث و لاـ ضـرر فيه عليه، فليس فى الأـدله مـا يـدل على تخصـيص العمومـات المزبـوره المعتضـده بظـاهر قـوله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و عموم «تسـلط النـاس» و معلوميه كون الوصـيه بعـد الموت كالتنجيز فى حال المرض بالنسبه إلى الممنوع منها و الجائز، بل الدليل فيهما متحد كما اعترف به فى جامع المقاصد.

و لا ريب فى صـحه المضاربه بأزيد من الثلث فى حال المرض، و لو بحصه قليله من الربح، كما أنه لا ريب فى صـحه بيع التركه كلها بثمن المثل حال المرض، فينبغى أن يجوز الوصيه به لاتحاد الدليل فيهما كما مال إليه فى جامع المقاصد، بل حكى فيه عن الفاضل فى التـذكره أنه قواه، و فى القواعد الاشـكال فيه، و إلى نحو ذلک أشار فى جامع المقاصد، و المسالک حيث وجهه بأن المقيـد بـالثلث هو تفويت بعض التركه و ليس حاصـلا هنـا، لأـن الربـح ممـا تجـدد بفعـل العامل و سـعيه، و ليس ما يتجـدد منه كالمتجـدد من حمـل الـدابه و الشـجره و نحوهمـا، حيث كـان معتبرا من الثلث، لظهور الفرق، بـأن ذلـک نماء الملک و وجوده متوقع، بخلاف الربح فإنه أثر سعى العامل مع أنه إنما يحدث على ملک العامل فيما يملكه العامل ليس للوارث و لا للموصى منه حق، و لا يقـدح فى ذلک شـراؤه، بمال الوارث، فيكون محسوبا منه، و يكون نماؤه تابعا، لأنه إنما يـدخل فى ملک الوارث على تقـدير صـحه المضـاربه، و إلا لم يكن الشـراء نافـذا، و متى صـحت المضاربه كانت الحصه من الربـح ملكا للعامل، فلو لا صـحه المضـاربه لأـدى فسادها إلى عـدم الفساد، لأنه على تقـدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركه تبرعا، و ذلک إنما يكون على تقدير زياده الحصه من أجره المثل، و زيادتها عن الثلث، و كونه من نماء التركه، و إنما يكون كذلک مع صـحه المضـاربه، ليكون الشـراء نافـذا، فلو فسـدت المضاربه لم ينفـذ الشـراء، فلم يتحقق الربـح فانتفى التصـرف فى الزائـد على الثلث، فانتفى المقتضى للفساد، فوجب الحكم بالصحه، لأنه قد أدى فرض الفساد إلى عدمه.

لكن فى المسالک بعد ذلک كله قال: «فيه نظر، لأن المضاربه و إن لم تقتض تفويت شى ء من التركه على تقدير تسليمه، مشتمله على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، خصوصا إذا كان مكلفا، و تعريضه بالضرب فى الأرض إلى التلف المؤدى إلى عدم الضمان مع عدم التفريط، مضافا إلى ما لو وقعت بحصه قليله للمالک فى مده طويله، كخمسين سنه، و ذلک فى حكم منع الوارث من التركه أصلا و هو بطل، و أما القول بأن النماء إنما يملكه العامل على تقدير صحه المعامله، و حينئذ فلا تفويت فى مال الوارث، و إن لم يصح لا يصح البيع، ففيه إمكان جبره بإجازه المالک الشراء لنفسه، ليكون جميع الربح له، فيحصل التفويت على تقدير صحه البيع، و حصول الربح للعامل و من ثم ذهب ابن إدريس إلى أن الصحه مشروطه بكون المال قدر الثلث فيما دون اطراحا للأخبار وردا إلى الأصول المعلومه فى هذا الباب، و بعض المتأخرين إلى أن المحاباه فى الحصه من الربح بالنسبه إلى أجره المثل محسوبه من الثلث أيضا، و لكل منهما وجه.

قلت: أما ابن إدريس فالمحكى من عبارته ما نصه «قد روى أنه إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرف فى تركته لورثته، و يتجر لهم بها، و يأخذ نصف الربح كان ذلک جائزا و حلالا له نصف الربح، أورد ذلک شيخنا فى نهايه، إلا أن الوصيه لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، و الربح متجدد بعد موته، فكيف تنفذ وصيته و قوله فيه، و فى الروايه نظر» و ظاهره بطلان هذه الوصيه من رأسها كابن أبى ليلى، باعتبار كون متعلقها الربح الذى ليس من أمواله، و وصيته إنما تنفذ فى الثلث، و هذا ليس منه، لا أنها صحيحه فى الفرض بمقدار الثلث، و كيف مع أنه لم يوص بالثلث، بل هو فيه كالثلثين للوارث.

نعم لو كان قد أوصى به و أخرجه عن الوارث، ثم أوصى بالمضاربه به فلعل لازم كلام ابن إدريس الفساد، و إن كان لم يتعرض لذلک، و لا ريب فى صحته، لعموم أدله الوصيه، فيصح تعلقها بمثل ذلک، لكونه من التوابع، فتأمل جيدا.

و من ذلک ينقدح الوجه فى تعرض الأصحاب لهذه المسأله، و كون الغرض منها الرد على ابن إدريس و ابن أبى ليلى، حيث أنهما أبطلا هذه الوصيه، و جعلاها من قسم الوصيه بالباطل،

و التحقيق صحتها مطلقا سواء كان الوارث صغيرا مولى عليه أو كبيرا، و إن توقفت فى الثانى على الإجازه سواء كان متعلق الوصيه مقدار الثلث أو لا، و سواء كانت الحصه من الربح زائده على أجره المثل أو لا، و سواء كانت بمقدار الثلث أو لا، و سواء كانت متعلقه بالثلث الذى أخرجه عن ملك الوارث أولا، كل ذلك لعموم أدله الوصيه و للخبرين السابقين، بل يمكن جوازها فى مال الأطفال مع عدم المفسده، و إن لم يكن لهم مصلحه، بناء على جواز ذلك للولى الإجبارى و الفرض أنه قد أذن للوصى فى ذلك، و به يفرق بين ما إذا لم يوص بذلك، بل اقتصر على جعل وصى عليهم، فإنه يجوز له المضاربه بما لهم أو لغيره، لكن مع المصلحه، بخلاف ما إذا نص الولى على ذلك، فإنه يكفى فيه حينئذ عدم المفسده، فلا بأس بكثره الحصه أو قلتها، و إطلاق الأصحاب فى المقام و المضاربه إنما هو لبيان صحه الوصيه على الوجه الذى عرفت، ردا على ابن أبى ليل و ابن إدريس، القائلين ببطلانها، سواء كان الوارث صغيرا أو كبيرا، أجاز أو لم يجز، كما يومئ إلى ذلك اختلاف تعبيرهم عن ذلك، كما اعترف به ابن فهد فى مهذبه على حسبما عرفته و المقصود ما عرفت، فما توهمه بعض الناس- من هذه العبارات المختلفه أشد اختلاف حتى أثبت منها حكما جديدا مخالفا للأصول و الضوابط و صحح المضاربه من الموصى بالتركه، و إن لم يجز الوارث، و جعلها لازمه عليه- فى غير محله، كما أنه لا دليل عليه، إذ ليس إلا الخبران السابقان و مضمونهما ما عرفت مما هو غير مخالف لشى ء من الأصول، ضروره جواز مضاربه الوصى بمال الطفل مع المصلحه و إن لم يوص إليه بذلك، فكيف إذا أوصى له.

نعم قد تزيد صوره الوصيه باعتبار عدم المفسده، لا المصلحه، و هو شى ء خارج عما نحن فيه فتأمل جيدا، فإنه به يظهر لك ما فى كلام جماعه، كما أنه يظهر لك عدم تحرير هذه المسأله فى شى ء من كلماتهم، بل و لا مسأله الوصيه بما لا يقتضى نقص القيمه فى التركه.

ففى القواعد و لو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففى اشتراط الإجازه إشكال، و فيها أيضا- قبل ذلك- «و لو خصص كل واحد بعين هى قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازه،

لظهور الغرض فى أعيان الأموال، و كـذا لو أوصـى أن يباع غير ماله من انسان بنقد ثمن المثل، و لو باع عين ماله من وارثه بثمن المثـل نفـذ» و ظـاهره الاشـكال بعـد الجزم و للمسأله فروع كثيره و منشأ الاشـكال فيها من عموم أدله الوصـيه المقتضـى لوجوب العمل بما يرسمه الموصى ما لم يكن منافيا للشرع، كما سمعته من المصنف أو غيره، بل قد يشير به فى الجمله

خبر عبـاس بن معروف (۱)المشـتمله على «وصـيه ميمون بـبيع جميع تركته و إيصالهـا إلى أبى جعفر الثـانى (عليه السـلام) ففعل الوصى فأخذ أبو جعفر (عليه السلام) الثلث منها و أمر برد الباقى إلى الوصى ليرده على الورثه»

الظاهر فى الإقرار على البيع.

و غير ذلك ما يدل على وجوب النفاذ الوصيه، و من كون ذلك نوع ضرر على الوارث لتعلق الغرض فى الأعيان، و لعل الأول لا يخول من

قوه، ما لم يكن إضرارا بالوارث لإطلاق النهى عنه.

بقى شـى ء: و هو أن الظاهر كون المضاربه واقعه من الوصـى بإذن من الموصـى لا أن إيجابها قد وقع من الموصى، ضروره عدم ثبوت الوصـيه العقـديه فى غير التمليـك على حسـبما عرفته فى تعريفهـا، فمـا عسـاه يتوهـم- أن اللفـظ الموجود فى الخـبر نفسـه مضـاربه- فى غير محله، خصوصا و لم يكن للطفل فى ذلك الحال، ضـروره أن المراد المال الـذى يكون لهم بالإرث منه، و من هنا

قال (عليه السلام) «من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى»

و هو كالصـريح فى عدم كون ما وقع منه مضاربه، و إنما هو أذن فيها، و دعوى مشـروعيه الوصـيه بها على نحو الوصيه التمليكيه واضـحه الفساد، لعـدم الدليل عليها، و ربما يشـهد لما قلناه قول المصـنف و غيره «و لو أوصـى بالمضاربه» الظاهر فى إراده العهد بها، لا إنشاؤها على الوجه السابق كما هو واضح و الله العالم.

و لو أوصـى بواجب مـالى و غيره أخرج الأـول من الأصـل، لأـنه كالـدين نصـا و فتوى، بل الإجماع بقسـميه عليه، و على أن من ذلك الحج الواجب، للنصوص (۲)الداله عليه بالخصوص، و أما الثانى فيخرج من الثلث، حتى لو كان واجبا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

بدنیا، علی ما صرح به فی جامع المقاصد و المسالک، و محکی الکفایه، بل فی الروضه أنه لا خلاف فیه مرسلین له إرسال المسلمات، لعدم کونه من الدین الذی یخرج من الأصل، و عدم دلیل علی تنزیله منزلته، فیبقی علی الأصل.

نعم إذا أوصی به شمله أدله الوصیه التی تخرج من الثلث.

لکن فی الذکری و الدروس و فی جامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنی یخرج من الأصل أیضا، کالمالی، و إن لم یوص به، بل لعله ظاهر المصنف هنا و النافع و الغنیمه و السرائر و غیرها- مما أطلق فیها الواجب- الخارج من الأصل، و هی عشره کتب أو أکثر علی ما قیل، بل نفی عنه البأس فی الدروس، بل قد یؤید إطلاق الدین علی الصلاه فی غیر واحد من الأخبار، منضما إلی

ما ورد فی الحج (۱)«أن دین الله أحق أن یقضی»

، و شمول الدین للنقد و غیره مما هو عمل، ضروره اندراج من کان مشغول الذمه بصلاه أو غیرها من الأعمال بإجاره و نحوها فیه، و احتمال- اختصاصه بما إذا کان شغل الذمه بمثل ذلک لغیر الله، و أما له فلا- واضح الضعف خصوصا بعد ما سمعت من أن دین الله أحق أن یقضی، و معلومیه وجوب المال لو توقف علیه حصول الواجب المطلق، فالمتجه إن لم ینعقد إجماع علی خلافه، إلحاق الواجب البدنی بالمالی فی الإخراج من صلب المال إذا لم یکن له ولی یخاطب بما یفوت المولی علیه. من صوم أو صلاه، و إلا خوطب هو به، ما لم یوص المیت

بإخراجه من ثلثه، من غیر فرق فی ذلک کله بین ما فاته بتقصیر و عدمه، و بین ما تمکن من قضائه و عدمه، بعد فرض حصول شغل الذمه به، علی وجه لو تبرع به متبرع و استؤجر أحد عنه برأت ذمته، و لا مدخلیه للحکم التکلیفی فی الوضعی، فقد ینتفی الأول و یثبت الثانی.

نعم لو کان علی وجه لا تشتغل ذمته به أصلا، لم یصح تأدیه الولی و لا المتبرع له عنه، فضلا عن الإخراج من صلب المال أو ثلثه.

کل ذلک بناء علی عدم اشتراط المباشره فی الواجب البدنی و أنه یصح وقوعه فی الجمله منه

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۶.

أو من الولی و المتبرع فضلا عن الأجیر، أما بناء علی اشتراطها و أنه لا یصح إلا من المولی علیه و الولی، اتجه حینئذ عدم الإخراج من المال، ضروره حصول الفرق حینئذ بذلک بینه، و بین الأعمال التی اشتغلت الذمه بها بإجاره و نحوها کما هو واضح.

و الظاهر تصدیق الولی فیما فات منه کما صرح به فی جامع المقاصد، و لعله لأنه لا یعلم منه إلا من قبله، بل هو المنساق منه و من نظائره، مضافا إلی کونه من الإقرار.

و علی کل حال فبناء علی عدم خروجه من صلب المال یجب علی المولی علیه الوصیه بما فاته من صوم أو صلاه، أو إعلام الولی بذلک إن کان، أو لا یجب علیه شی ء من ذلک؟ وجهان:

أقواهما الأول، ضروره تمکنه من تأدیه الحق و إبراء ذمته، و دفع الضرر الأخروی عنه و ربما استدل ب

قوله (۱)علیه السلام «الوصیه حق علی کل مسلم»

و لکن لا یخفی ما فیه من التجشم المعلوم عدم ارادته و لو بملاحظه ما سبق الخبر له.

و کیف کان فقول المصنف و غیره جوابا للشرط السابق فی المتن فإن وسع الثلث عمل بالجمیع، و إن قصروا لم تجز الورثه بدء بالواجب من الأصل، و کان الباقی من الثلث غیر مناف لما ذکرناه، ضروره إرادته ما لو أوصی بالواجب و غیره من غیر تعرض للإخراج من الثلث و عدمه، فان وسع الثلث عمل بالجمیع، ضروره عدم الفرق حینئذ بین الواجب و غیره فی الإخراج بعد فرض سعته، لأنه مع عدم الوصیه بالإخراج منه یکون کأصل المال بالنسبه إلی الواجب و غیره، و أما إذا قصر عنها فلا ریب فی اختصاصه حینئذ بالتبرعات التی لا تمضی إلا منه.

کما لا ریب فی خروج الواجب من الأصل، لأن الفرض عدم ایصائه بإخراج الجمیع من الثلث کی یزاحم الواجب غیره فیه کما هو واضح، بل منه یعلم الحکم فیما لو أوصی فی الفرض بإخراج الجمیع من الثلث و کان قاصرا، فإن الذی صرح به غیر واحد إخراج الواجب أولا منه و إن کان هو متأخرا فی الوصیه ثم یخرج غیر من بعده الأول إن کان.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

بل صرح غير واحد بمساواه الواجب البدنى له فى ذلک أيضا بمعنى أنه لو أوصى بالواجب البدنى و غيره من الثلث أخرج أولا الواجب، و إن متأخرا ثم غيره الأول فالأول إن كان، بل ربما ظهر من بعضهم نفى الخلاف فيه فضلا عن الأول، لكن فى جامع المقاصد أنه لا فرق بينه و بين سائر الوصايا التى ليست بواجبه فى أنه يبدأ بالأول فالأول، إن كان قد أوصى بها مرتبه إلى آخره.

قلت: يمكن أن يكون دليلهم على ذلک مضافا إلى أهميه الواجب من غيره

صحيح معاويه ابن عمار(۱)قال: «إن امرأه من أهلى ماتت و أوصت إلى بثلث مالها، و أمرت أن يعتق عنها و يتصدق و يحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال: ابدأ بالحج فإنه فريضه من فرائض الله سبحانه و تجعل ما بقى طائفه فى العتق و طائفه فى الصدقه»

فإنه و إن كان مورده الحج، إلا أن التعليل فيه قاض بتقديم البدنى و حينئذ يكون الصحيح المزبور دليلا على القسمين.

و الانصاف أنه إن تم الإجماع عليه كان هو الحجه، و إلا أشكل بما سمعته فيما يأتى من الاستدلال على ما تطابق عليه النص و الفتوى من تقديم الأول فالأول، بما يقتضى عدم الفرق فى ذلک بين الواجب و غيره فيبطل المتأخر لعدم متعلق له، فإن كان واجبا ماليا خرج من أصل المال، و إن كان بدنيا بطل، بناء على عدم خروجه إلا من الثلث إذا كان قد أوصى

بإخراجه منه، و احتمال أن ذلک حكم شرعى و إن كان قصد الموصى على خلافه للصحيح على خلافه المزبور المحتمل لكون الوصايا غير مرتبه، و إن المراد منه الترجيح بذلک، بل لعل ظاهر التقسيط فيه الذى هو حكم غير المرتب يقتضى عدم الترتيب فيه فى غايه الصعوبه، ضروره اقتضائه عدم قاعده «تبعيه الاعمال للنيات» و «العقود للقصود» و غيرها من القواعد المحكمه فى سائر المقامات.

و على كل حال يخرج غير الواجب من الثلث و يبدأ بالأول فالأول و كذا لو كان الكل غير واجب، بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث و تبطل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

المتأخره مع فرض عدم إجازه، لأن الوصيه الصادره أولا نافذه لوقوعها من أهلها فی محلها و هكذا ما بعدها إلی أن تبقی المتأخره بلا موضوع تتعلق به، فتختص بالبطلان.

و ل

خبر حمران (۱)عن أبی جعفر (علیه السلام) «فی رجل أوصی عند موته و قال: أعتقوا فلانا و فلانا حتی ذكر خمسه، فنظرت فی ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعتقهم، قال: ينظر الذين سماهم و بدأ بعتقهم فيقومون، و ينظر إلی ثلثه فيعتق منه أول شی ء ذكر ثم الثانی ثم الثالث ثم الرابع

ثم الخامس، و ان عجز الثلث كان ذلك فی الذی سمی أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك».

معتضدا و منجبرا بعدم الخلاف المعتد به بين الأصحاب فيه كما أن اشتماله علی التعليل يدفع احتمال اختصاصه بما فيه، بل منه يعلم عدم الفرق بين الوصيه العهديه و التمليكيه، ضروره كون الموضوع فيه الأولی، و لعله كذلك سيما بناء علی ما تقدم منا سابقا من عدم كون الوصيه من العقود، و إن اعتبر رضا الموصی له فی حصول الملك، لأن كلام منهما سبب فی حصول أثر الإيصاء فكل متقدم يترتب عليه أثره فيختص البطلان بالأخير الذی لم يصادق موضوعا، كما صرح به فی الصحيح المزبور، و منه يعلم كون المدار علی ذلك من غير خليه لقصد الموصی، بل قد يعلم خلوه عن قصد الترتيب.

نعم لو صرح اراده الترتيب اتبع، و إن رتب فی اللفظ بأدائه من الفائده و ثم و نحوهما و ربما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الوصيه، و إن كانت عهديه و بين أمر السيد عبده مثلا بإعطاء زيد درهما من مال مخصوص و عمروا كذلك و خالدا أيضا الذی لم يرد منه إلا الامتثال، فلا فرق بين الأول و الأخير فی صدقه، فيقع القول علی الجميع، كما فی صوره عدم الترتيب فی المسأله بخلاف الفرض الذی فيه ترتب آثار للسبب و إن لم يتم، إلا بالموت و القبول، بل يستفاد من التعليل كون الحكم كذلك فی الوصيه بالزائد عن الثلث مع الإجازه و قصور المال.

فإنه يبدأ بالأول فالأول، ضروره كون الأخير هی التی لم تصادف محلا فتختص بالبطلان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

و على كل حال فالحكم حينئذ لا اشكال فيه من غير فرق بين العتق و غيره، و لا بين وقوع الترتيب فى زمان واحد عرفى، و زمانين متباعدين كغدوه و عشيه.

خلافا للشيخ و الإسكافى- حيث قدما العتق و إن تأخر

للموثق (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيه، و كان أكثر من الثلث قال: يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقى»

و غيره مما هو ظاهر فى التنجيز المقدم على الوصيه بلا خلاف و لا اشكال، لا الوصيه التى هى محل البحث- و لابن حمزه حيث جعل الوصيه المتأخره المتباعد زمانها عن الأولى ناسخه لها، و مقتضيه للرجوع عنها.

للضعيف (۲)«إن ابن أخى أوصى بثلاث وصايا، فبأيهن آخذ؟ فقال: خذ بأخريهن قلت: فإنها أقل قال: و إن قلت»

و هو مع خلوه عن تفصيله ضعيف فاقد لشرائط الحجيه فضلا عن أن يصلح معارضا لما عرفت فلا بأس حينئذ بحمله على اراده الوصايا التى بالتضاد و نحوه يعلم عدم قصد الموصى ارادتها جميعها، بل يعلم كون المراد واحده منها و لا ريب حينئذ فى أن الحكم للمتأخره كما هو واضح.

[إذا أوصى لأشخاص على الترتيب]

و على كل حال فمن ذلك ما لو أوصى لشخص بثلث أولا و لآخر بربع ثانيا و لم تجز الورثه اعطى الأول لمصادفه الوصيه ثلث الموصى فهى ممكنه النفوذ و بطلت الوصيه لمن عداه بعدم اجازه الوارث المتوقفه صحه الوصيه فى الفرض عليها إذ ليس للموصى إلا الثلث الذى قد تعلقت به الوصيه الأولى التى لم يعلم رجوعه عنها فيستصحب حكمها و ما وقع من الوصيه بالربع و السدس بعدها أعم من ذلك قطعا، و كذا لو أوصى بنصف و لآخر بخمس و لثالث بربع، أو للأول بجميع المال و لآخر بثلث و لثالث بسدس، فإن الأول، يعطى فى الجميع الثلث و يبطل الزائد مع عدم الإجازه لما عرفت من البدء فى مثل ذلك بالأول فالأول، لكن فيما حضرنى من المسالك فى نسختين ابدال السدس فى المثال الثانى بالنصف، و بذلك يقتضى بقاء سدس للأول لا ثلث.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۷ و فيه أن أبى إلى آخره.

و على كل حال فما عن بعضهم- من أن الوصيه بالربع و السدس فى نحو مفروض المتن رجوع عن الأول- واضح الضعف بعد الإحاطه بما قدمناه بل قيل: أنه غير معروف القائل بل عن التحرير و غيره نسبه أصل الحكم إلى علمائنا.

نعم لو أوصى بثلثه الراجع إليه لواحد، و بثلثه كذلك لآخر كان ذلك رجوعا عن الأول إلى الثانى للتضاد فى متعلق الوصيه الذى قد فرض اتحاده و اختلاف الموصى له فليس إلا الرجوع نحو الوصيه بعين مخصوصه لزيد، ثم الوصيه بها نفسها لعمرو و نحوه ما كان بمعناه مما يحصل به التضاد صريحا أو ظاهرا، أما لو قال: ثلث مالى لزيد، ثم قال: ثلث مالى لعمرو لم يكن رجوعا لعدم العلم و الظن بالاتحاد اللهم إلا أن يكون عرف أو قرينه تدل على اراده الثلث الراجع إليه من ذلك، فإنه يكون رجوعا أيضا، كما أنه لو كان عرف أو قرينه تقضى بأن المراد من «ثلثى» لو فرض الاقتصار عليه فى الوصيه ثلث المال، لا الراجع إليه خاصه، لم يكن رجوعا لعدم التضاد حينئذ بل يعطى الأول ثلثه الراجع إليه الذى صادفته الوصيه الأولى، و يتوقف فى الثانيه على الإجازه.

لكن المعروف بين الأصحاب أنه بإضافه الثلث إلى نفسه يكون رجوعا، بل عن خلاف الشيخ أن إجماع الفرقه و أخبارهم على الرجوع فى ثلث ماله الذى لا ريب فى أولويه المفروض منه كما عن التحرير نسبته إلى علمائنا، بل اعترف به أيضا فى جامع المقاصد.

فما عن المهذب و المختلف و الإيضاح- من أنه ليس رجوعا لعدم الصراحه فى إراده ثلثه الراجع إليه، إذ هو ما دام حيا جميع المال فى قبضته و منسوب إليه، و لعله لذا توقف فيه فى القواعد، بل و محكى التحرير، و ان نسبه الى علمائنا- ضعيف، ضروره كفايه الظهور فى الرجوع كالتصريح، لصلاحيه كل منهما لقطع الاستصحاب و دعوى عدم الظهور أيضا كما ترى ضعيفه، و مع تسليمها فالأمر سهل، ضروره رجوع النزاع إلى مفهوم عرفى يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه.

و قد ظهر لك من ذلك أن موضوع المسأله الأولى التى قلنا يبدأ بالأول فالأول فيها، تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها، و إن امتنع العمل بها جميعها، لقصور الثلث أو المال، بخلاف

الثانيه التى قلنا أن الثانيه تكون رجوعا عن الأولى، فإن موضوعها المتضادان اللـذان لا يمكن جمعهما فى الخارج فى حد ذاتهما، لا للقصور كما هو واضح.

من غير فرق بين كون الوصـيه بمقدار أو عين أو كسر، فإن المدار على ما ذكرنا من الحكم بالرجوع مع التضاد صريحا أو ظاهرا و عدمه مع عدمه.

و لعله هـذا أولى مما فى السـرائر من تنقيـح ذلک فإنه بعـد أن ذکر أن للموصـى الرجوع فى وصـيته ما دام حيا عاقلا قال متصـلا بذلک- و إذا أوصـى الإنسان بثلث ماله لشـخص ثم بعد ذلک أوصـى بثلث ماله لغير ذلک الشـخص كان الثلث لمن أوصـى له أخيرا، و كانت الوصيه الأخيره ناسخه للأولى و رافعه لحكمها، لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله، فإذا أوصى به لإنسـان ثم أوصـى به بعـد ذلک لإنسان آخر فقـد نقل الثلث الـذى يسـتحقه من الأول إلى الثانى، لأنه يعلم أنه لا يسـتحق إلا الثلث، فإذا أوصـى به بعده فقد رجع عن الوصيه الأولى، و للإنسان أن يرجع عن وصيته و يبدلها و يغير أحكامها ما دام حيا ثابت العقل فليلحظ ذلک، فهذا قول أصـحابنا، و ما يوجد فى الكتب أنه إذا أوصى للإنسان بوصيه ثم أوصى بأخرى فإن أمكن العمل بهما جميعا وجب العمل بهما، و إلا كان العمل على الأخيره، دون الأولى، و أما إذا أوصـى بشـى ء و لم يذكر الثلث، ثم أوصـى بشى ء آخر و لم يذكر الثلث، فإن مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول، و يكون النقصان إن لم يف الثلث داخلا على من ذكر أخيرا، لأـنه لمـا أوصـى للأول ما قال: أوصيت له بثلثى، و كـذلک الثانى و الثالث فظن أن ثلثه- يبلغ مقـدار جميع ما ذكره و لم ينقل عن الأول ما أوصـى له به و كذلک الثانى، فلو علم أنه قد اسـتوفى ثلث ماله لمن أوصـى له به، لم يوص بعده بشى ء آخر، فـإذا اسـتوفاه يكـون النقصـان على من ذكره أخيرا، فهـذا الفرق بين المسـألتين فلاـ يظن ظـان أن المسـألتين واحـده، و أن بينهما تناقضـا، و أن مـذهب أصـحابنا أن الوصـيه الثانيه ناسـخه للأولى فى جميع المواضع، و لا أن الواجب بالأولى فى الجميع، إلى أن قـال: و يـدل على مـا قلناه قول الشـيخ فى المبسوط، و نقل ما تسـمعه عن من العباره المشـتمله على ما تعرف من الغرائب على ما حكاها فى المختلف، و أغرب من ذلک ما حكاها هو عنه، و لعل نسخ المبسوط مختلفه، فلا حظ و تأمل.

لكن لا- يخفى عليك أن ما ذكرناه أجود منه، ضروره إمكان وصيته بثلث آخر اعتمادا على إجازه الوارث، فلا يكون علمه بأنه ليس إلا ثلث قرينه على اتحاد الموصى به، لكن من الشخصين بثلث ماله، بل ما ذكره أيضا- من أن الموصى لم يرد إلى الوصيه، بمقدار ثلثه، و إن اشتبه فى سعته- واضح المنع، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى.

و على كل حال فلا يتوهم هنا إعمال قاعده الإطلاق و التعميم، و التخصيص فى المقام، حتى يتوجه أنه لو أوصى بثلث المال ثم بجميعه أو بالعكس- تخصيص الجميع بما عد الثلث، فيعطى ذو الجميع مع الإجازه الثلثان لو كان متأخرا، أما لو كان هو المتقدم نفذ له الثلث، و توقف الثلث الثانى و الثلث الموصى به للمتأخر على الإجازه، و لو قال: ثلثى لزيد، ثم قال: جميع المال لعمرو، توقف الوصيه الثانيه على الإجاره، و كذا لو عكس، و لا يكون رجوعا عن مقدار الثلث، لأنه بما عرفت يكون المراد من جميع المال ما عدا ثلثه، إلى غير ذلك مما يتفرع على هذا التقدير.

لكن الذى يظهر عدم مراعاته، و لعله لأن المفهوم عرفا فى أمثال المقام عدم التقييد و التخصيص، و أنه كالخاص أو المقيد بعد حضور وقت العمل بالعام و المطلق، أو كالاخبارات التى لا يجوز نحو ذلك فيها بعد الفراغ من التشاغل بها، لأن وقت حاجتها حال وقوعها، أو لأن المراد بها إنشاء تمليك، و مثله لا يجرى فيه الإطلاق و التقييد، أو لغير ذلك، و أما احتمال التزام الأصحاب ذلك كله فيما سمعت و غيره، فإنه يأباه ملاحظه كلماتهم.

و من الغريب بعد ذلك كله ما وقع للكركى فى المثالم من أن الأصل فى الوصيه أن تكون نافذه، فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الإمكان، و إنما تكون الثانيه نافذه إذا كان متعلقها الثلث الذى يجوز للمريض الوصيه به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، حملا للبيع على معناه الحقيقى و حينئذ فيتحقق التضاد فى مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد، و بثلث لعمرو، فيكون الثانى ناسخا للأول، فيقدم و أولى منه ما لو قال: ثلث مالى، ثم فرع عليه: أنه لو أوصى لزيد بثلث، و لعمرو بربع، و لخالد بسدس و انتفت القرائن، أن يكون الوصيه الأخيره رافعه للأول، مع اعترافه لمخالف لما

صرح به جميع الأصحاب، و الحامل له على ذلك ما فهمه من أن إطلاق الوصيه محمول على النافذه.

و أنت قد عرفت مما حققناه سابقا أن الإطلاق فى الوصيه و غيرها من العقود إنما يقتضى إراده معنى ما تعلق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و إن لم يصادق ذلك كان عقدا موصوفا بالصحه القابله للنفوذ و عدمه بسبب رفع المانع، أو تحقق الشرط الشرعى و عدمهما، ففى البيع إذا علقه على النصف من غير تعرض لكون المستحق له، أو المشاع بينه و بين شريكه اقتضى نقل النصف فى نفسه، و له محل ينفذ فيه، باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفا، فينفذ و ينزل عليه تنزيلا شرعيا لا قصديا، بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك و كذا ما نحن فيه، فإن الموصى إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلا تمليك الثلث فى نفسه، إلا أنه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصى ثلثا، نفذت الوصيه به، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضا لم يصادف ذلك محللا ينفذ فيه، لسبق السبب الأول، و إنما صادف محلا ينفذ فيه مع الإجازه، فيتعلق حينئذ كذلك، على حسب ما صادف كما هو واضح، و لا يسمى مثله باطلا، بل هو صحيح خصوصا بعد بناء الأصحاب فى المقام من كون الإجازه تنفيذا، لا ابتداء عطيه، كما عرفت، فتصرف الموصى حينئذ يقع فى ماله، إلا أنه كان متوقفا على إجازه الوارث، و بها يتم تصرفه فى ماله، لا أنه يكون التصرف من الوارث، فلا دلاله فى الوصيه الثانيه على الرجوع عن الأولى لعدم التضاد بينهما بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى، فإنه يحصل التضاد فليس إلا الفسخ و الرجوع و يكون الثانى كالوارد على الأول فينسخه، ضروره كونه حينئذ كالدليل الوارد على الأصل، إذ لا معارض للثانيه إلا استصحاب صحه الأولى المعارض بما وقع من نفس الوصيه الثانيه، و من هنا حكمنا بنسخ الأولى للثانيه، دون العكس، و كذا لو قال ثلث لزيد ثم قال ثلثى لعمرو، فإنه رجوع بخلاف العكس.

و بما ذكرنا يظهر لك الحال فيما ذكره جمله من الأصحاب فى المقام، فإنه كما فى المسالك قد اختلاف اختلافا كثيرا حتى من الرجل الواحد فى الكتب المتعدده بل الكتاب الواحد، بل فيها

أنه اتفق لشيخ الطائفه غرائب فى المسأله حيث قال فى الخلاف: «إذا أوصى بثلث ماله لإنسان، ثم أوصى بثلث ماله لغيره و لم يجز الورثه كانت الوصيه الثانيه رافعه للأولى، و ناسخه لها، ثم استدل عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم، و بأنه لو قال: العبد الذى أوصيت به لفلان، قد أوصيت به لفلان، فإنه يكون رجوعا عن الأولى، فكذا إذا أطلق، و ادعى عدم الفرق بين المقيد و المطلق، ثم قال فيه أيضا لو أوصى لشخص بماله، و لآخر بثلثه، و أجازوا بطل الأخير، و لو بدئ بالثلث و أجازوا أعطى الأول الثلث و الأخير الثلثين» و هذا ظاهر المنافاه للسابق الذى ادعى عليه الإجماع، لأن الثلث فى المسأله الثانيه مضاف إليه، فهو أقوى فى إراده ثلثه الخاص به، من ثلث ماله فى السابق الذى جعله رجوعا، و كون السابق فى الثانيه جميع ماله، لا يؤثر فى دفع المنافاه، لأن جميع ماله متضمن للثلث الذى أوصى به ثانيا، و ما احتج من الأخبار لم نقف عليه أصلا، إلا من حيث عموم ما دل منها على جواز الرجوع عن الوصيه، و ذلك لا يفيده، لمنع تناوله للمتنازع، و أما عدم فرقه بين المطلق و المقيد فغنى عن الجواب.

قلت: و مضافا إلى ذلك أنه إذا حمل المطلق على إراده ثلثه، لم يتجه اشتراط عدم اجازه الوارث فى الفسخ و الرجوع، ضروره عدم مدخليه ذلك فيه و المتجه فيما ذكره من المثال الثانى بناء على المختار الرجوع فى مقدار ثلثه، للتضاد فيه، فمع الإجازه يعطى ذو الوصيه بجميع المال الثلثين، و يختص الآخر بثلث الميت، من غير حاجه إلى إجازه، و مع عدمها يختص البطلان بالوصيه الأولى التى قد رجع عن الوصيه بثلثه فيها، و أما صوره العكس فالمتجه فيها مع الإجازه اختصاص الثانى بالمال كله، لأنها مضاده للأولى فى ثلث الميت، فتكون رجوعا، فتتوقف فى الباقى على الإجازه، و مع عدمها يختص بالثلث، و تبطل فى الثلثين.

و على كل حال تبطل الأولى، و كأنه رحمه الله قد استعمل هنا قاعده الإطلاق و التقييد التى قد عرفت الحال فيها، فقال فى المحكى من مبسوطه، بعد أن ذكر ما سمعته من الخلاف:

رجل أوصى بثلث ماله لأجنبى و بثلث ماله للوارث، قد بينا مذهبنا فيه، و هو أن يمضى الأول، فإن اشتبه استعمل القرعه فجزم فى هذه بتقديم الأولى ناسبا له إلى مذهبنا، ثم قال بعد ذلك: إذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله، ثم أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلثى

ماله، و كذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، ثم أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه، فهما وصيتان و تكون الثانيه رجوعا عن الأولى، و منهم قال: لا يكون رجوعا فمن قال: أنه ليس برجوع لها إن أجاز الورثه يكون لكل واحد منهما ثلث ماله، و كذا يقول من قال هو رجوع، و لو رد أحدهما فعلى ما قلناه من أن الثانى رجوع عن الأولى ينظر فإن رجع الأول فلا تأثير لرجوعه، لأن الوصيه له قد بطلت بالوصيه للثانى، فإن رجع الثانى و لم يقبلها رجع المال للورثه، لأن الوصيه للأول كان قد بطلت بالوصيه للثانى، و هذا ظاهر التنافى، إذ لا فرق بينهما إلا بالوارث و الأجنبى اللذين لا مدخليه لهما فى ذلك عندنا، خلافا للعامه، مضافا إلى ما سمعته من الخلاف من الإجماع على النسخ فى نحو الفرض الذى قد جزم فيه بتقديم الأولى، و إلى ما فى قوله فهاتان وصيتان بثلثى ماله من الإشكال، ضروره كونه على تقدير الرجوع ليس إلا وصيه بثلث واحد، كالعبد الذى فرضه مثالا، بل و إلى ما فى قوله بعد ذلك «و كذا يقول من قال هو رجوع» من الإشكال أيضا، ضروره أن القائل بالرجوع يقول ليس إلا الثلث للثانى، كما هو واضح.

و قد حكاها فيما حضرنا من السرائر عن المبسوط بطريق آخر أشكل من ذلك، و لعله نسخ المبسوط مختلفه فلا حظ و تأمل، و الضابط فى المسأله ما عرفت، و بمراعاته تعرف كثيرا من نحو ذلك فى كلامهم، و الظاهر عدم الفرق فى تحقق الرجوع بالتضاد بين كون متعلق الوصيه ثلث الميت، و كون متعلقها ثلثى الوارث و فائده الرجوع فيهما عدم الصحه المنسوخه حتى لو أجاز الوارث، لبطلانها بالرجوع، فلا تنفع الإجازه.

و لا يتوهم أن تعدد الوصايا فيهما لتعدد العقد من الفضولى الذى يخير المالك فى إجاره ما شاء من العقدين، أو العقود، ضروره وضوح الفرق بين المقامين بما عرفت من أن الإجازه هنا تنفيذ لا هبه بمعنى رضى الوارث أن لا يكون وارثا، فيكون التصرف من الموصى، بخلاف الفضولى فى البيع مثلا كما هو واضح بأدنى تأمل.

و على كل حال ف لو اشتبه الأول الذى يستحق الوصيه، أو رجع عنه استخرج بالقرعه التى هى لكل أمر مشكل، باعتبار عدم اندراجه فى قاعده من قواعد الشرع، فيكتب حينئذ اسم أحدهما و أنه السابق، أو المتأخر فى رقعه، و فى أخرى

كذلك ثم يخفيان ثم يخرج أحدهما، و يعمل عليها، و هكذا مع التعدد كما أنه يرجع إليها أيضا لو اشتبه الحال فى وجود الأول و عدمه، ثم على تقديره ففى تعيينه، و إن كان كيفيتها حينئذ باستخراج وجود أول و عدمه أولا، فإن خرج أن فيها أول، استعملت فى إخراجه حينئذ بالكيفيه السابقه.

و لو أوصى بوصايا تزيد على الثلث، فلم يجز الوارث شيئا معينا منها، و لكن لم يعلم أنها على الترتيب على الوجه يكون المعين الذى لم يجزه الوارث هو الزائد على الثلث أو كانت الوصايا دفعه، أقرع أولا لبيان أنها دفعه أو مرتبه، فإن كان الأول، أقرع أيضا لإخراج ما يختص بعدم الإجازه منها، فإن الظاهر عدم الخيار للوارث فى ذلك لأن أقصى ماله عدم إجازه الزائد، و أما تعيينه بعد فرض تعلق حق الوصيه فى الجميع فبالقرعه، و إن كان الثانى، جعل جميع المحتملات سهاما متعدده، و استخرج أحدها و عمل عليه، و بالتأمل فى نحو ذلك يظهر لك الحال فى فروع متعدده، و الله العالم.

و لو أوصى بعتق مماليكه، دخل فى ذلك من يملكه منفردا، و من يملك بعضه بناء على صدق اسم المملوك على الكل و البعض، و إن كان لا يخلو من شى ء فى عرف هذا العصر، و عموميه الجمع المضاف، إنما هى فيما يصدق عليه مفرده، لكن ليس محل البحث هنا من هذه الجهه، إذ يمكن بحيث يتناول ذلك و لو بالقرينه.

إنما الكلام فى أنه إذا فعل ذلك أعتق نصيبه حسب كما هو المعروف بين الأصحاب بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، لأصاله عدم السرايه، و لأن العتق إنما حصل بعد الموت، و لا مال بعده للموصى كى يقوم عليه، أ و كما قيل: و القائل الشيخ فى نهايته و تبعه الفاضل فى المحكى من مختلفه يقوم عليه حصه شريكه، ان احتمل. ثلثه ذلك، و إلا أعتق منهم ما يحتمله الثلث خاصه و به روايه فيها ضعف كما فى المسالك، لكن فى الفقيه روايته عن البزنطى عن أحمد ابن زياد المزبور، و هو من أصحاب الإجماع، بل قيل: أنه لا يروى إلا عن ثقه(۱).

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲ الفقيه ج ۴ ص ۱۵۸ و فيه فكتب عليه السلام بدل فقال.

قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل تحضره الوفاه، و له مماليك لخاصه نفسه و له مماليك فی شركه آخر فيوصی فی وصيته مماليكی أحرار، ما حال مماليكه الذين فی الشركه؟

فقال يقومون إن كان ماله يحتمل ثم هو أحرار»

إلاـ أنه- مع عدم جمعه شرائط الحجيه ما خلاـ مماليكی الذين فی الشركه، و حينئذ يخرج عما نحن فيه، و يراد بالتقويم منه بالنسبه إلی الثلث- محتمل أو ظاهر فی التنجيز الذی يطلق علی نحوه أنه وصيه، إذا كان فی مرض الموت و حينئذ سرايه العتق مع احتمال الثلث متجهه، لحصول الشرط، أو يحمل علی الوصيه، لكن يفرض أن الميت له مال بقطع رأسه بعد موته، فإن لديه له دون الوارث، أو أنه قد أوصی بثلثه علی وجه يكون له، فإنه يصح، و يصرف فی مصالحه فإنه قد يقال بالسرايه حينئذ، باعتبار كون الميت له مال فيحصل الشرط، بخلاف ما إذا لم يوص، فإنه لا ثلث له حينئذ، فلا يكون له مال، فلم يوجد سبب السرايه.

و دعوی كون الوصيه التی هی سبب السبب قد وقعت فی حال الحياه و له مال يدفعها أن السبب العتق لا الوصيه، و الفرض وقوعه فی حال لا مال له فيه فلا يترتب عليه مسببه الذی هو السرايه، ضروره تخلف المسبب عن السبب إذا لم يحصل الشرط كما هو واضح.

و لو أوصی بشی ء واحد لاثنين علی وجه لا ترتيب بينهما، بأن كان بلفظ واحد مثلا، كما لو قال: لزيد و عمرو مائه، أو قال: لزيد و عمرو الدار الفلانيه، لكل واحد نصفها، بل و كذا لو قال: لهما الدار لزيد البيت الفلانی منها، و الباقی لعمرو، لأن تفصيله وقع بيانا لما أجمله أولا، و قد أوصی به دفعه.

نعم لو اقتصر علی التفصيل كان وصيتين.

و علی كل حال فإذا أوصی لهما بوصيه واحده علی التخصيص أو الإشاعه و هو أی الموصی به يزيد عن الثلث و لم يجز الورثه كان لهما ما يحتمله الثلث و يبطل الباقی، لأنها وصيه واحده و أما لو جعل لكل واحد منهما شيئا مرتبا فی وصيته لكل واحد منهما بوصيه مستقله، كما لو قال: لزيد مائه، و لعمرو خمسون بدو بعطيه الأول و كان النقص علی الثانی منهما بلا إشكال فی شی ء من ذلک، و لا خلاف، ضروره

کونها فی الثانی وصیتین متعاقبتین، و قد عرفت سابقا حکم الوصایا المتعدده المتعاقبه و لو أوصی بنصف ماله مثلا، فأجاز الورثه، ثم قالوا: ظننا أنه قلیل، قضی علیهم بما ظنوه، و أحلفوا علی الزائد فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فظهر ألف دینار قضی علیهم بصحه الإجازه فی خمسمائه درهم، و أحلفوا علی نفی ظن الزیاده، أو عدم إجازتها، لموافقه دعواهم لأصل عدم الإجازه، و لأصل عدم العلم بالزائد، المستند إلی أصل عدم الزیاده مضافا إلی أن المال مما یخفی، و إلی أن دعویهم یمکن أن تکون صادقه، و لا یمکن الاطلاع علیها إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانیه، فلو لم یکتف بالیمین لزم الضرر، لتعذر إقامه البینه علی دعواهم.

و هذا الحکم و إن ذکره غیر واحد من الأصحاب، بل لا أجد فیه خلافا صریحا، و إن قال المصنف هنا فیه تردد لکنه محتاج إلی تفصیل، ضروره کون الظن المزبور تاره یکون، من المقارنات، بحیث لا یکون مقیدا للإجازه، و أخری یکون کذلک بأن یرجع إلی إجازه ما ظنوه أنه نصف ماله.

أما الأول فلا- ریب فی تأثیر الإجازه فیما تعلقت به، سواء کان المجیز ظانا لمصداق خاص أو قاطعا به، أو مجردا عن ذلک، ضروره عدم مدخلیه الحال المزبور فی ذلک.

و أما الثانیه فلا ریب فی تقیید الإجازه باللفظ الذی له معنی فی الواقع، إنما الکلام فی قبول دعوی ذلک منهم بعد فرض تعلق ما صدر منهم من الإجازه باللفظ الذی له معنی فی الواقع، و یجب الأخذ به فی الإقرارات، و النذور، و الوصایا، و العقود، و غیرها، و الأصل عدم ظنه قله المال، و عدم ظن کثرته، و لو سلم فالأصل عدم تقیید الإجازه بذلک، و مجرد وجود الظن أعم من ذلک کما عرفت، فقبول الدعوی فی أصل الظن و فی تقیید الإجازه بالمظنون مع ظهور ما أفادها فی خلافه للضوابط الشرعیه، کما هو واضح.

و لعل تردد المصنف فیه من ذلک، و إلیه أو بعضه یرجع ما وجهه به فی المسالک فإنه جعله مما سمعته أولا، و من تناول اللفظ للقلیل و الکثیر، و الاقدام علی ذلک مع کون المال مما یخفی، فالرجوع إلی قولهم رجوع عن لفظ متیقن الدلاله علی معنی یعم الجمیع، إلی دعوی ظن یجوز کذبه و لکن مع ذلک قال «الأقوی القبول».

و كيف كـان فحيث تنزل الإجازه على المظنون و لو للقرائن يـدفع للموصـى له نصف ما ظنوه و ثلث باقى التركه، لنفوذ الوصـيه فى ثلثه، و عدم الإجازه إنما أبطل الوصيه فى الزائد عليه، بالنسبه إليه خاصه بخلاف ما ظنوه، فإن الوصيه نفذت فى ثلثه، و الزائد عليه للإجازه كما هو واضح.

هذا كله إذا أوصى بجزء مشاع أما لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصيه ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث، أو أزيد بيسير، لم يلتفت إلى دعواهم لأن الإجازه هنا تضمنت معلوما لا مجهولا كالنصف و الثلث فلا تسمع دعواهم التى هى مخالفه للبناء على أصل قله المال، و عدم كثرته، فهى كأنها مخالفه للأصل، و بذلك فرقوا بين المسألتين.

لكن مال فى الـدروس إلى التسويه بينهما فى القبول و جعله فى محكى التحرير وجها و فى القواعـد احتمالا، و وجهه أن الإجازه و إن وقعت على معلوم، إلا أن كونه بمقـدار الثلث أو ما قاربه مما يتسامـح فيه، إنما يعلم بعد العلم بمقدار التركه، و الأصل عدم علمهم بمقـدارها، و بناؤهم على الظن فكما احتمل ظنهم قله النصف فى نفسه يحتمل ظنهم قله المعين بالإضافه إلى المجموع، و إن لم يكن قليلا فى نفسه، و مخـالفه الأصـل هنـا، بظنهم كثره المـال مع أن الأصـل عـدمه، لا يؤثر فى دفع الظن عنه، و اعتقـاد كثرته، بل يمكن عـدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثره، و لكن ظهر عليه دين قدم على الوصـيه، فقل المال الفاضل عنهما، و هـذا موافق للأصـل كالأـول، و أيضـا عمـده المقتضـى للقبول فى الأـول، إمكـان صـدقهم فى الـدعوى، و تعـذر إقـامه البينه بما يعتقدونه، و هو متحقق هنا، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركه، و ذلك يقتضـى جهاله القدر المعين من التركه كالمشاع، و من ذلك قال فى المسالك «لعل القبول أوجه» لكنك خبير بعـد الإحاطه بما ذكرناه فى السابقه أن عدم القبول هنا أوجه و أولى، بل لو سلم لهم ظن ذلك لم تتقيد به الإجازه، و هو واضح، و الله العالم.

و إذا أوصـى بثلث مـاله مشاعـا كـان للموصـى له من كل شـى ء ثلثه على حسب ما أوصـى به الموصـى، فيكون شـريكا للوارث بالمقـدار المعلوم و إن أوصـى بشـى ء معين و كان بقدر الثلث فقد ملكه الموصـى له بالموت و القبول لما عرفته سابقا من أن له حصر ثلثه فى عين

معینه، لعموم أدله الوصیه السالم عن المعارض و حینئذ ف لا اعتراض فیه للورثه و لا حاجه إلی إجازتهم ذلک.

نعم لو کان له مال غائب أخذ له من تلک العین ما یحتمله الثلث من المال الحاضر إن کانت قابله للقسمه، و إلا ملک المقدار المزبور من غیر اعتراض لوارث علیه.

و علی کل حال یقف الباقی حتی یحصل من المال الغائب ما یحتمله لأن الغائب معرض للتلف فلو دفع جمیع العین للموصی له، ثم تلف المال دخل الضرر علی الوارث، بخلاف ما قابل المال الحاضر، فإنه لا ضرر علیه أصلا، و من هنا یتجه جواز التصرف للموصی له فیما أخذه من العین فی مقابله ثلث المال الحاضر، لعموم (۱)«تسلط الناس علی أموالهم» و لا ضرر علی الوارث، و إن اختلف تصرفه فی ذلک بالنسبه إلی ما انتقال إلیه من العین من حیث الإشاعه و عدمها، فإنه یتصرف علی حسب المال المنتقل إلیه.

و احتمال أن تسلطه علی ذلک مشروط بتسلط الوارث علی ما قابل الباقی من المال الغائب لا دلیل علیه، فما وقع من الإشکال فیه من بعضهم فی غیر محله، و لقد أجاد فی المسالک فی رده «بأن مجرد الاحتمال لا یقوم دلیلا علی منع المالک المستقر ملکه علی الثلث، مع کون الباقی غیر خارج عن ملکه، بل استقر ملکه له موقوف علی حصول الغائب و إلا فأصل الملک حاصل بالوصیه و القبول، و الخروج عن الثلث فی الجمله، و من ثم لو حفر الغائب کما نماء العین أجمع للموصی له، و مراعاه حق الوارث باحتمال تلف المال تحصل بإیقاف ما زاد علی الثلث إلی أن یظهر الحال» قلت: بل إن لم یقم إجماع أمکن أن یقال: للموصی له التصرف فی تمام العین الموصی بها مجرد سعه ثلث المال لها، و إن کان غائبا، لإطلاق أدله الوصیه، و إن کان للوارث الرجوع علیه لو تلف المال قبل قبضه فإنه ینکشف حینئذ عدم ملک الموصی له تمامها، أو ینفسخ ملکه به، و لعله المتجه بناء علی ما سمعته من المسالک ذلک، لأن عدم الاستقرار لا ینافی تصرف المالک فی ملکه للعمومات.

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲.

لكن لما كان مرجع ذلك إلى الحكم بملكيه الموصى له إلى أن يحصل التلف، لإطلاق أدله الوصيه، فيكون هو كالمانع عن بقاء الملك ليحصل الفسخ به، المعارض باحتمال أن المال على ملك الوارث إلى أن يحصل ما يقابل الموصى به، لعدم ملك الموصى غير الثلث المشاع مع الوارث، فلا يملك الموصى له العين إلا مع حصول ضعفه من ثلثه للوارث، و لعله لعدم ظهور الأدله فى شى ء من ذلك حكم المصنف و غيره بالإيقاف فى يد مؤتمن إلى أن يظهر الحال، كما يوقف نصيب الحمل و المال الذى باعه مالكه لآخر فضولا إلى حصول الولاده و الإجازه، و لأن أصاله عدم التلف معارض بأصاله عدم القبض و الله العالم.

[فرع لو أوصى بثلث عبده فخرج ثلثاه مستحقا انصرف الوصيه إلى الثلث الباقى]

فرع لو أوصى بثلث عبده المملوك له فى ظاهر الحال فخرج ثلثاه مستحقا، انصرف الوصيه إلى الثلث الباقى، تحصيلا لإمكان العمل بالوصيه الذى يجب مراعاته ما دام ممكنا، و لا ينزل ذلك على الإشاعه حتى يصح ففى ثلث الثلث خاصه كالإقرار كما عن بعض العامه لما عرفته سابقا من أن الوصيه متى صادفت محلا قابلا للنفوذ نفذت و هو فى الفرض متحقق، و كذا البيع على الأصح و جواز الفضولى فيه أو فيها، أيضا لا ينافى ذلك، فما هى المسالك من بناء هذه المسأله على ذلك فى غير محله فحينئذ إن وسع المال أعطى الموصى له تمام الثلث، و إن لم يكن له سواه نفذت الوصيه فى ثلث الثلث أو وقف فى الباقى على الإجازه كما هو واضح.

و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم للاشتراك لفظا أو معنى انصرف إلى المحلل، تحصينا لقصد المسلم عن المحرم و لكلامه عن اللغو أو المنهى عنه شرعا، و لوجوب تنفيذ الوصيه فلذلك وجب صرفه إلى المحلل، و ذلك كما أوصى بطبل من طبوله كان منها المحلل و المحرك بل أو بعود من عيدانه بناء على عدم انصرافه إلى اللهو، و إلا بطلت الوصيه فيه، كما فى كل لفظ ظاهر فى المحرم، و لو للقرينه، لأن أصاله الصحه لا تعارض ظاهر اللفظ، و إنما أقصاها تعيين ما لا يظهر فيه من الألفاظ بخلافها، و إلا كان مقدما عليها، لعموم ما دل على العمل بظاهره، و ترتيب الأحكام عليه، كما هو مبين فى

محله.

و لو لم يكن له عود إلا عود اللهو و أمكن تحويله إلى الصفه المحلله مع بقاء اسم العود عليه قيل: تبطل الوصيه، لأنها بغير المشروع و قيل تصح و يزال عنه الصفه المحرمه و هو الأقوى، لإطلاق أدله الوصيه، و كونه على صفه محرمه لا يخرجه عن الملكيه، و الفرض عدم الوصيه به مقيدا ببقائه على تلك الصفه، كى يكون الوصيه به من غير المشروع.

نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود، اتجه البطلان حينئذ، لعدم التمكن من إنفاذها على وجهها، إذ شراء عود له ذى صفه محلله خروج عنها، و الفرض عدم غيره عنده، و أن إزاله الصفه المحرمه متوقعه على إخراج اسمه القاضى ببطلان الوصيه به.

و دعوى أنه إذا انتقل إلى الموصى له، فله أن يفعل به ما شاء، و من جملته كسره بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفه المحرمه عليه، فلا يقدح ذلك فى جواز الوصيه يدفعها أن صحتها موقوفه على كسره فيدور، و لو قيل: إنه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الذى هو متعلق الوصيه، فلا يكون كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.

و إلى ما ذكرنا يرجع قول المصنف أم لو لم يكن فيه منفعه إلا المنفعه المحرمه بطلت الوصيه و إن قال فى المسالك: إطلاق العباره يقتضى أن زوال الصفه المحرمه مع بقاء المنفعه لو تحقق بكسره الانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحلله كفى فى الصحه على هذا القول، ثم أشكله بما عرفت.

لكن قد يقال: إن مراد القائل الإزاله التى لا تخرجه عن اسم الموصى به، و الأمر سهل و الله العالم.

و تصح الوصيه بالكلاب المملوكه ككلب الصيد، و الماشيه، و الحائط، و الزرع و بالجرو القابل للتعليم، لما عرفته مفصلا فى كتاب البيع، بل لعل الأقوى جواز

الوصیه بها، و إن لم ینقل بملکها، و جواز بیعها لثبوت الاختصاص الکافی فی صحه الوصیه بها.

نعم لا تصح الوصیه بالکلب الذی لا یجوز اقتناؤه، لعدم ثبوت ید اختصاص علیه، بخلاف ما تثبت ید الاختصاص فیه، بل یقوی جواز الوصیه به و إن لم یکن فی الترکه لوجوب تنزیلها علی تحصیله بمعاوضه الصلح مع الترکه و نحوه، و تعذر البیع خاصه لا یبطلها، فما فی المسالک من أن الأقوی البطلان واضح الضعف و الله العالم.

[الطرف الثانی فی الوصیه المبهمه]

اشاره

الطرف الثانی: فی الوصیه المبهمه لغه و عرفا من أوصی بجزء من ماله ففیه روایتان أشهرهما روایه العشر و فتوی السبع و فی روایه ثالثه لم نجد العامل بها سبع الثلث و لعل الأقوی الأول.

ل

قول أبی جعفر (علیه السلام) فی حسن أبان بن تغلب (۱)«الجزء واحد من عشره، لأن الجبال عشره و الطیور أربعه».

و صحیح عبد الله بن سنان (۲)علی ما فی الإستبصار و المختلف و الدروس «أن امرأه أوصت إلی و قالت: ثلثی تقضی منه دینی، و جزء منه لفلانه فسألت عن ذلک ابن أبی لیلی؟ فقال: ما أری لها شیئا ما أدری ما الجزء فسألت عنه أبا عبد الله (علیه السلام) بعد ذلک، و خبرته کیف قالت المرأه و ما قال ابن أبی لیلی، فقال: کذب ابن أبی لیلی، لها عشر الثلث، إن الله عز و جل أمر إبراهیم (علیه السلام) فقال «اجْعَلْ عَلی کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» و کانت الجبال یومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشی ء».

و رواه فی التهذیب عن عبد الله سنان عن عبد الرحمن بن سیابه، و حینئذ لا تکون الروایه صحیحه کما أطنب به فی المسالک، لأن ابن سیابه مجهول، و فیه منع اتحاد الروایه، إذ یمکن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲ و ۳ و ۸ و ۹.

روایه ابن سنان تاره بواسطه، و أخری بدونها، علی أن ابن سیابه یمکن استفاده عدالته من توکیل الصادق (علیه السلام) إیاه قسمه الألف دینار عیال من قتل مع عمه زید و غیر ذلک.

و

خبر معاویه بن عمار(۱)«و سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل أوصی بجزء من ماله؟ قال: جزء من عشره، قال الله عز و جل» ثُمَّ اجْعَلْ عَلی کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً»

إلی آخره.

و

خبر عبد الصمد بن بشیر(۲)المروی عن تفسیر العیاشی عن جعفر بن محمد (علیه السلام) فی حدیث أنه سئل عن رجل أوصی بجزء ماله؟ فقال: هذا فی کتاب الله، إن الله یقول اجعل»

إلی آخره.

و مرسل أبی جعفر بن سلیمان (۳)المروی فیه أیضا فی حدیث «إن رجلا مات و أوصی إلیه بمائه ألف درهم أمره أن یعطی أبا حنیفه منها جزء فسأل عنها جعفر بن محمد (علیه السلام) و أبو حنیفه حاضر فقال له جعفر بن محمد (علیه السلام) ما تقول فیها یا أبا حنیفه؟ فقال: الربع، فقال:

لابن أبی لیلی فقال: الربع، فقال، جعفر بن محمد (علیه السلام) من أین قلتم: الربع فقالوا:

لقول الله تعالی فَخُذْ أَرْبَعَهً مِنَ الطَّیْرِ إلی آخره فقال أبو عبد الله (علیه السلام) من هذا قد علمت الطیر أربعه، فکم کانت الجبال إنما الأجزاء للجبال لیس للطیر. قالوا ظننا أنها أربعه، فقال أبو عبد الله (علیه السلام): لا و لکن الجبال عشره»

إلی غیر ذلک من النصوص المرویه فی الکتب الأربعه و غیرها المشتمله علی ما هو کالمعجز عن الاستدلال الذی مرجعه أنه لما أوصی بالجزء و قد علم عدم إراده الموصی العمل بمطلق مسماه الذی یرجع إلی السفه فی الوصیه به، کما أنه لأحد معلوم فی العرف لأقل ما یصدق به فی امتثال الوصیه فکشفه (علیه السلام) کما کشف أقل مسمی الرکوع، و أقل المسافه و غیر ذلک، أو أنه حدده بذلک حکما منه علیه السلام کما هو الأقوی، ضروره صدق الجزء علی الأقل من ذلک عرفا، بخلاف الرکوع و نحوه، فلیس حینئذ إلا التحدید منه، و لو بقطع النزاع.

و لعل اخباره لذلک دون غیره باعتبار إطلاق لفظ الجزء علی العشر فی کتاب الله، و لیس

١- ١ الوسائل- الباب- ٥۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٧.

٣- ٣ المصدر نفسه الحديث- ٨.

فیه و لا ـ فی السنه استعمال مطلقه فی أقل من ذلک، فلا ـ ینافیه حینئذ استعماله فی الأکثر، ضروره کون المراد التحدید بأقل مصداق استعمل فیه مطلقه، فیجزی فیه حینئذ کما یجزی الأکثر منه، و حینئذ فاستعماله فی السبع فی قوله تعالی (۱)«لَها سَبْعَهُ أَبْوابٍ لِکُلِّ بابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ» لا یقتضی التحدید به، لکون العشر أقل منه، و من ذلک ترجح هذه النصوص التی تضمنت التحدید به.

ل

صحیح البزنطی (۲)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل أوصی بجزء من ماله فقال الجزء من سبعه، إن الله یقول: لها سبعه أبواب»

إلی آخره.

و

خبر إسماعیل بن همام الکندی (۳)عن الرضا (علیه السلام) «فی رجل أوصی بجزء من ماله فقال الجزء من سبعه، إن الله یقول: لها»

إلی آخره.

و

المرسل فی المحکی عن إرشاد المفید(۴)عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) «فی رجل أوصی

بجزء من ماله و لم یعینه، فاختلف الوارث بعده فی ذلک، فقضی علیهم بإخراج السبع من ماله، و تلی قوله: لها»

إلی آخره مضافا إلی قصورها عنها عددا، بل و دلاله.

فمن هنا حملها الشیخ علی استحباب إعطاء السبع للوارث، و لا بأس به بعد رجحان الأولی علیها، لما عرفت، و باتفاقها جمیعا علی عشر المال بخلاف روایات السبع فإن ما سمعته منها یدل علی سبع الأصل.

و

خبر الحسین بن خالد(۵)یدل علی سبع الثلث قال «سألته عن رجل أوصی بجزء من ماله قال: سبع ثلثه»

و یمکن حمله علی معلومیه إراده السائل ثلثه من ماله، لا جمیع المال.

و على كل حال فالقول بالعشر هو الأقوى، و قد عرفت أنه تحديد شرعى لما لم يقصد الموصى خلافه، أما لو علم قصده، اتبع لو علم منه إراده المطلق الشامل للعشر و غيره، الذى هو بمنزله

١- ١ سوره الحجر الآيه ۴۴.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٢.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٣.

التصریح بذلک، بل التحدید لمن أوصی بالجزء و علم منه عدم إراده مطلق مسماه، و عدم ما ینافی التحدید بالعشر، و الظاهر اختصاص هذا

التحدید بالوصیه، و لا یسری منها إلی غیرها، و إن کان قد یتوهم من النصوص السابقه المشتمله علی الاستدلال التقریبی لا التحقیقی، بل لو أوصی بجزء الجزء احتمل عدم التعدیه، و الرجوع إلی مطلق المسمی، و مع فرض العلم بعدم إراده یقتصر علی ما علم إرادته، و تمثیل بغیره، أو ینحصر الامتثال بمظنون الإرادته، و یحتمل التعدی، فیحمل حینئذ علی عشر العشر عندنا، أو علی سبع السبع علی القول الآخر.

و کیف کان فمن الغریب ما عن الصدوق من الجمع بین النصوص بأنه قد جرت العاده فی السابق لأصحاب الأموال بتجزیه المال تاره عشره، و أخری سبعه فینصرف الجزء حینئذ علی حسما وقع من التجزیه، و قال أیضا: إن حمل الجزء علی العشر و السبع إنما یصح إذا کانت الوصیه من العارف باللغه دون غیره من جمهور الناس، فإنه لا تصح الوصیه منه بذلک، حتی یبینه.

و هو کما تری فیه نظر من وجوه تظهر بأدنی، تأمل مما قدمناه، و ما ذکره من العاده لم نعرف أحدا غیره حکاه، کما أن من الواضح کون محل البحث حال عدم القرینه لا معها، و لا وجه للبطلان مع عدمها و قطع النظر عن النصوص بل یرجع إلی مسماه أو إلی أقل ما یصدق علیه مما یتمول، بعد العلم بانتفاء إراده مطلق المسمی کغیره من الألفاظ و الله العالم.

و لو کان أوصی بسهم کان ثمنا عند الأکثر، بل المشهور، بل ظاهر إیضاح النافع الإجماع علیه، کما عن السرائر أنه المعمول علیه.

ل

صحیح البزنطی (۱)«سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل أوصی بسهم من ماله فقال:

السهم واحد من ثمانیه، ثم قرأ: انما الصدقات»

و کذا حسن صفوان (۲)عن الرضا (علیه السلام) و موثق السکونی (۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام)

و عن إرشاد المفید نسبه ذلک إلی قضاء أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۴)«فی رجل أوصی عند موته بسهم، و لم یبینه فاختلف الورثه فی معناه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۷.

فقضی علیهم بذلک و تلی الآیه»

و حینئذ فما

فی خبر طلحه بن یزید(۱)عن أبی عبد الله عن أبیه (علیه السلام) قال: «من أوصی بسهم من ماله فهو سهم من عشره»

من الشواذ التی لا تعارض ما سمعت، و ربما حمل علی وهم الراوی أو ظنه أن الجزء و السهم واحد، فرواه فیه و کذا

ما أرسله الصدوق (۲)من أن السهم واحد من سته، ثم قال: «متی أوصی بسهم من سهام المواریث ۲۴۸۲۰ کان واحدا من سته، و متی أوصی بسهم من سهام الزکاه کان واحدا من ثمانیه، و تمضی الوصیه علی ما یظهر من مراد الموصی.»

و فیه أن محل البحث إذا لم یظهر، و حمله علی السدس حینئذ- کما عن الصدوقین و الشیخ و ابن زهره، للمرسل المزبور، و

ما عن ابن مسعود(۳)من «أن رجلا أوصی لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبی (صلی الله علیه و آله) السدس،»

و ما قیل أن السهم فی لغه العرب السدس، و إجماعی الخلاف و الغنیه- کما تری خصوصا دعوی الإجماع التی هی مظنه العکس کما هو واضح.

(۱) نعم لو کان قد أوصی بشی ء کان سدسا بلا خلاف معتد به أجده فیه، بل الظاهر أنه اتفاقی، کما فی المسالک، بل ظاهر التذکره و إیضاح النافع الإجماع علیه، بل عن خلاف و الغنیه دعواه صریحا ل

خبر أبان (۴)عن علی بن الحسین (علیه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصی بشی ء من ماله فقال: الشی ء فی کتاب علی (علیه السلام) واحد من سته»

و ما عن المقنع من «أنه واحد من عشره نادر. هذا و لا یخفی علیک أن محل البحث فی السهم و الشی ء کما عرفته فی الجزء، و لو أوصی بسهم

من الجزء أو شی ء منه أو السهم ففی جریان الحکم وجهان.

و لو أوصی بوجوه فنسی الوصی وجها منها جعله فی وجوه البر وفاقا للأکثر بل المشهور نقلا و تحصیلا، بل فی محکی التنقیح أن علیه الفتوی، بل عن غیره نفی الخلاف فیه، إلا من الحلی تبعا للشیخ فی بعض فتاواه ل

خبر محمد بن الریان (۵)قال: «کتبت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

۳- ۳ المغنى لابن قدامه ج ۶ ص ۴۴۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقى؟ فوقع (عليه السلام) الأبواب الباقيه اجعلها فى البر»

المعتضد بما عرفت المؤيد ب

ما ورد فى المنذور للكعبه و الوصيه لها «أنه يصرف (۱)الى زوارها»

و فيمن أوصى أن يحج عنه بمال لا يفى به، «أنه يصرف فى البر و يتصدق به(۲)

و كذا فى الوقف، إذا جهل الموقوف عليه و بأنه شبه المال المجهول المالك، بسبب اشتباه مصرفه و مستحقه، فلا طريق إلا صرفه فى وجوه القرب، بناء على عدم اختصاص مصرفه بالصدقه به، أو يقال: إن كله من الصدقه به،

لرجوع الجهات العامه إلى المسلمين أيضا، و منه ينقدح جواز صرف مجهول المالك فى ذلك، و ربما يؤيد شمول الروايه المزبوره له فى الجمله، إذ من أفراده الوصيه به لشخص مخصوص قد قبله ثم نساه، و قد سمعت الأمر فيها بالصرف فى وجوه البر من غير فرق بين الأفراد جميعها.

و بأن هذا المال بتعذر وجهه الذى قد أوصى به، و إخراجه عن الوارث بالوصيه صار فى حكم مال الميت، و لا إيصال إليه الا فى صرفه فى وجوه البر.

و بأنه إذا فرض الوصيه به فى جهات القربه إلا أنه نسب خصوصها يناسب الانتقال إلى نوع القربه، و بغير ذلك.

و حينئذ فما قيل: و القائل ابن إدريس و الشيخ فى المحكى من حائرياته و الآبى فى المحكى عن كشفه من أنه يرجع ميراثا لبطلان الوصيه لتعذر القيام بها واضح الضعف، ضروره منافاته لاستصحاب الصحه، فضلا عن الخبر المزبور المعتضد بما عرفت، السالم عن معارضه ما يعتد به، إذ ليس كل تعذر و لو كان كالفرض مبطلا للوصيه و معيدا للمال إلى الإرث الذى قد فرض الخروج منه بالوصيه فعوده يحتاج إلى دليل.

نعم الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان النسيان مطلقا، أى لا على وجه الانحصار فى فردين مثلا أو ثلاثه، و إلا اتجهت القرعه، أو التوزيع، أو الصلح، لو كان بين الشخصين

۱- ۱ التهذيب ج ۹ ص ۲۲۳.

۲- ۲ التهذيب ج ۹ ص ۲۲۸.

مثلا، كما أن المتجه التروى و التربص فى الصرف فى وجوه البر حتى ييأس من معرفه الوجه الذى قد أوصى به، بمراجعه دفتر أو شاهـد و نحوه ذلك، فإذا أيس من ذلك صـرفه فى وجوه البر، و لا عبره باحتمال التـذكر فيما يأتى من الزمان، لصـدق النسـيان، الذى قد علق عليه الحكم فى النص و الفتوى.

ثم إن الظاهر من المتن و غيره إراده المثال من نسيان الوجه، و إلا فلا فرق بين نسيان الوجه و الوجوه، لاتحاد المدرك، بل ظاهر الخبر ذلك، بل لا يبعدون كون الحكم كذلك فى غير صوره النسـيان، كما إذا لم يعثر على ما رسـمه الموصى فى وصيته، و إن علم انه قـد رسم وجوها مثلا، أو نحو ذلك، و احتمال إيقاف المال فى ذلك و نحوه اقتصارا فيما خالف وجوب حفظ مال الغير على المتيقن ضعيف جدا، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو أوصـى بسـيف معين و هو فى جفن بفتح الجيم دخل الجفن و الحليه فى الوصـيه وفاقا للمشـهور، بل فى ظاهر المحكى عن السـرائر و المقتصـر و إيضاح النافع الإجماع عليه، بل عن كشف الموز ما رأيت أحـد أقدم على منع الروايه الوارده فى السـيف و عن المهذب البارع كل الأصحاب مطبقون على العمل بها، أى

روايه أبى جميله المفضل بن صالح (۱)«كتبت الى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثه:

إنما لک الحديد، و ليس لک الحليه. فكتب إلى: السيف له و حليته».

و خبره الآـخر «سـألت الرضـا (عليه السـلام) عن رجـل أوصـى لرجل بسـيف و كان فى جفن و عليه حليه، فقال الورثه: إنما لک النصل و ليس لک المال فقال: لا بل السيف بما فيه له قال:

فقلت: رجل أوصى بصندوق و كان فيه مال، فقال الورثه إنما لک الصندوق و ليس لک المال، فقال الصندوق بما فيه له»

فهما مضافا إلى ما عرفت، و إلى العرف الشاهـد على ذلک الحجه فى المقام، و لا يقدح فيه عدم دخول شـى ء منهما فى مسـماه لغه، ضـروره كفـايه العرف و تقـدمه على اللغه، على أنه قـد يقـال: إن ذلک من توابع الوصـيه بالسـيف لا للـدخول فى المسـمى كثياب العبد و رحل الدابه و مفتاح الدار، و نحو ذلک من التوابع التى يشهد العرف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲- ۱.

بتبعيتها فى الإيصاء تبعا لتبعيتها فى الاستعمال.

نعم لو لم يكن له جفن و لا حليه لم تكن الوصيه به، وصيه بهما، فلا يخرجان من التركه.

فما عن المختلف و ولده و أبى العباس- من عدم دخول شى ء منهما فى الوصيه- واضح الضعف، بل لا يبعد الوصيه بالجفن لو كان قد أوصى به مطلقا، و إن كان ظاهر العباره و غيرها مما قيد بالمعين خلافه، إلا أنه يمكن تنزيله على عدم الوصيه بالحليه التى لم يقيد بتعينها بالنسبه إليه فإنه لا عرف و لا غيره يشهد على الوصيه بها بالوصيه به، مع فرض كونه مطلقا بخلاف الغمد، فإن العرف قد يشهد على الوصيه به أيضا و إن كان هو ليس كالظهور فى المعين خصوصا إذا كان قد اشترى سيفا لا غمد له.

و على كل حال فالظاهر عدم اعتبار وصف خاص فى الجفن، بل يكفى فيه كونه جفنا لذلك السيف كائنا ما كان، فإن الظاهر تبعيه نحو ذلك، كثياب العبد و رسن الدابه، فإن التابع منهما ما كان تابعا لهما فى الاستعمال كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم عدم الفرق بين السيف و الخنجر و السكين ذات القراب و غير ذلك مما لها توابع فى الاستعمال فإن العرف يقضى بتبعيتها فى الوصيه و نحوها.

و كذا لو أوصى بصندوق و فيه ثياب، أو سفينه و فيها متاع أو جراب و فيه قماش، فإن الوعاء و ما فيه داخل فى الوصيه وفاقا للمشهور بل عن التذكره نسبته إلى علمائنا، كما عن التبصره (المقتصر- نسخه) أن عمل الأصحاب على روايه أبى جميله، و نحوه عن التنقيح، و قد عرفت اشتمالها على الصندوق ك

خبر عقبه(۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فقال الورثه: إنما لك الصندوق، و ليس لك ما فيه فقال: الصدوق بما فيه له»

وخبره الآخر(۲)عنه أيضا قال: «سألته عن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب أحكام الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

رجل قال: هذه السفينه لفلان، و لم يسم ما فيها، و فيها طعام، أ يعطيها الرجل و ما فيها؟

قال: هی للذی أوصی له بها، إلا أن يكون صاحبها متهما، و ليس للورثه شی ء».

لكن ربما نوقش فی الأخير، بأن غايتها الدلاله على أنها للموصى له و مرجع الضمير السفينه، دون ما فيها، و الروايه المنجبره إنما تكون حجه حيث تكون دلالتها واضحه، لا مطلقا.

نعم لها دلاله ضعيفه بحسب الفحوى لوقوع

قوله (عليه السلام) «هی له»

جوابا عن جواز إعطاء ما فيها أم لا، فلو لم يجعل المرجع السفينه بمن فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقا، مع احتمال أن يكون المراد بالجواب الظاهر فی رجوع الضمير إلى السفينه خاصه التنبيه على انحصار الموصى به فيها، دون ما فيها، و به تحصل المطابقه، فالأصح عدم الدخول للأصل إلا مع وجود قرينه من عرف أو عاده، و تحتمل الروايه على تقدير الدلاله الحمل على ذلك.

و قد يدفع أولا: بأن المحكی

عن نسخ الفقيه روايته «إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها»

و حينئذ تكون صريحه فی ذلك.

و ثانيا: بأن الشهره كما تجبر السند تجبر الدلاله، على أنه لا ينكر ظهورها كما اعترف به الخصم، و مثله لا ريب فی حجته، بعد فرض اعتبار السند، ضروره كونه حينئذ كالصحيح حجه فی مطلق ما يظهر منه منطوقا أو مفهوما.

نعم قد يناقش بعدم صراحه سؤال الخبر فی الوصيه، بل يحتمل الإقرار، بل هو الظاهر أيضا بقرينه التفصيل بين المتهم و غيره، و لا ينافيه إطلاق الوصيه فی جواب الإمام (عليه السلام) لمعروفيه إطلاقه على الإقرار الواقع فی مرض الموت، و كأنه أومأ إليه فی الدروس، فإنه بعد أن حكی عن القاضی أنه قال: لو أوصى له بسله زعفران دخل، و يدخل الشرب بالوصيه بالضيعه و ما شابهه إذا كان عدلا، فإن كان متهما لم تنفذ الوصيه فی أكثر من ثلثه، و عن الشيخ فی النهايه أنه قيد بهذا القيد «قال: و كأنهما يريانه إقرارا».

قلت: لكن المعروف نقل ذلك عن الشيخ قولا فی المسأله، بل لعله إليه أشار المصنف بقوله و فيه قول آخر بعيد بل هو واضح الفساد، ضروره مدخليه التهمه و عدمها فيما

نحن فيه من الوصيه.

و لكن الأمر فى ذلك سهل بعد كون الظاهر أن بناء هذا الخبر على تقدير دلالته و غيره من أخبار المقام على كشف العرف، و أن الحكم بذلك لأنه فى العرف كذلك، لا أنه يحكم به و إن لم يفهم منه فى العرف، كما توهمه فى الرياض حيث حكم فى الصندوق بما عرفت للروايه المجبوره بما سمعت، ثم قال: إلا أن العرف لا يساعده، فيشكل من هذه الجهه، و لكن لا مندوحه عن العمل بها، إلا أن توجه قرينه على عدم الدخول فتتبع، و مقتضاه الحكم بدخول ما فيه و إن لم يفهم من العرف ذلك، و هو شى ء عجيب باعتبار اقتضائه إخراج المال عن صاحبه من دون قصد، و بلا سبب ناقل منه، و مثله كيف يندرج فى الوصيه، و يلحقه أحكامها، فلا مناص حينئذ عن تنزيل هذه الاخبار على ما يقتضيه العرف، و هو فى السيف واضح، بل و الصندوق إذا كان معدا للظرفيه، و المقصود منه ما فيه، نحو ما يستعمله التجار فى صناديق النيل و القماش، و الكافور و نحوها، فإنه لا يشك أحد فى وصيه أحدهم بصندوق خاص منها فى إراده ما فيها، بل و السفينه و المركب إذا كانت أيضا كذلك، بخلاف الصندوق الذى يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالبا، و للوضع فيه اتفاقا و السفينه التى هى كذلك.

بحيث يكون المقصود منها الظرف لا- المظروف، و مع الشك فلا ريب فى وجوب الاقتصار على ما علمت الوصيه به، و لو من ظهور لفظ، و لعله بذلك تتفق كلمه القائل بالدخول فى جميع ما عرفت و هو المشهور و القائل بالعدم مطلقا كالفاضل و ولده، و المقتصر و الروضه و التنقيح، و فى السفينه خاصه كالدروس، و جامع المقاصد و الكفايه و ظاهر النافع و تنقيحه و إيضاحه، بل لعل إليه يومئ اعتبار المفيد و أبى الصلاح فيما حكى عنهما القفل للصندوق، و الشد للجراب، و الختم للوعاء و الكيس فى الدخول، بدعوى أن ذلك و نحوه قرينه عرفيه على إراده ما فيه معه من الوصيه به.

و إن أبيت فتحقيق الحال ما عرفت من غير فرق بين كون الوصى عدلا مأمونا و بين كونه متهما على الورثه فى ذلك، و ما عن الشيخ و القاضى من اعتبار ذلك فى الدخول من الأصل و الثلث قد عرفت تنزيله على الإقرار، و إلا كان واضح الفساد، ضروره عدم مدخليه ذلك فى الوصيه التى لا إشكال فى خروجها من الثلث على كل حال كما عرفت.

بل فیما حضرنی من نسخه النهایه کالصریح فی إراده الإقرار قال: «إذ أوصی الإنسان لغیره بسیف و کان فی جفن و علیه حلیه، کان السیف له بما علیه و فیه، و إذا أوصی بصندوق لغیره و کان فیه مال، کان الصندوق بما فیه للذی أوصی به له، و کذا لو أوصی له بسفینه و کان فیها متاع کانت السفینه بما فیها للموصی له، و کذلک إن أوصی له بجراب و کان فیه متاع کان الجراب و ما فیه للموصی، إلا أن یستثنی ما فیه، هذا إذا کان الموصی عدلا مأمونا، فان لم یکن عدلا و کان متهما لم تنفذ الوصیه بأکثر من الثلث فی الصندوق و السفینه و السیف و الجراب و ما فیها و الله العالم.

و لو أوصی بإخراج بعض ولده من ترکته لم یصح وفاقا للمشهور بین الأصحاب شهره عظیمه کادت تکون إجماعا، بل هی کذلک فی ظاهر محکی المقتصر، لأنها مخالفه للکتاب و السنه، و لأنه من الحیف فی الوصیه الذی

ورد فیه «إنه من الکبائر»(۱)،

و لقوله (علیه السلام)(۲)«ما أبالی أضررت بورثتی أو سرقتهم ذلک المال»

وقوله (۳)(علیه السلام) «من عدل فی وصیته کان بمنزله من تصدق بها فی حیاته، و من جار فی وصیته لقی الله یوم القیامه و هو عنه معرض»

والصحیح (۴)«عن رجل کان له ولد یدعیه، ثم أخرجه عن المیراث و أن وصیه فکیف أصنع؟ فقال (علیه السلام): لزوم الولد الإقرار بالمشهد، و لا یدفعه الوصی عن شی ء قد علمه».

و إنما الکلام فی أنه هل بلغوا للفظ علی وجه یکون کعدمه فیه تردد بل و خلاف ف بین قائل ب البطلان لذلک، و هو الأکثر کما فی الریاض و بین قائل ب إجرائه مجری من أوصی بجمیع ماله، لمن عدا الولد، فیمضی فی الثلث خاصه إن لم یجز الولد، و یکون للمخرج نصیبه من الباقی بموجب الفریضه و هو خیره الفاضل فی المختلف، و عن الخراسانی أنه استظهره.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الوصایا- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

و الوجه عند المصنف و ثانى المحققين و الشهيدين و فخر المحققين و غيرهم الأول لأن إخراجه من الإرث أعم من الوصيه بالمال لباقى الورثه، و إن لزم رجوع الحصه إليهم، إلا أن ذلک لیس بالوصیه، بل لاستحقاقهم الترکه حیث لا توارث و ربما لم یکن حال الوصیه عالما

بالوارث، کما لو لم یکن له إلا ذلک الولد و لا یعلم من یرثه، و لم یخطر علی باله، فلا دلاله فی اللفظ مطابقه و لا تضمنا، بل و لا التزاما، لانتفاء شرطها بانتفاء الانتقال إلی اللازم بتصور الملزوم خاصه أو مع الوسط.

لکن قد یقال له أن الوصیه بالإخراج و إن لم تکن وصیه بالباقی للباقی لکنها نفسها وصیه، ضروره عدم الفرق فیها بین الأمر و النهی و الإعطاء و عدمه، فی نفوذ جمیع ما أوصی به من الثلث، فهو کما لو صرح بإخراجه من الثلث، فإنه لا إشکال فی اختصاص غیره من الورثه به، لا الوصیه به لهم، بل لإخراج الولد مثلا منه، فیبقی إرثا لغیره، و لا یعتبر فی الوصیه قصد الوصیه، کما لا یعتبر فیها سوی العهد بما أراده، و الشارع لم یقطع سلطنته عن الثلث، بل أبقاها، فهو مسلط علیه دفعا و منعا، فإذا أخرج بعض الورثه عن المال کله نفذ فی مقدار الثلث الذی له تسلط علیه، و لم ینفذ فی غیره، کما لو أعطی المال کله لبعضهم، فإنه ینفذ بمقدار الثلث دون غیره کما هو واضح.

و من هنا یقوی ما سمعته من الفاضل، و إن لم یکن لما ذکره من الحکم بالوصیه بالباقی للباقی کی یرد علیه ما عرفت، بل لأن الإخراج نفسه وصیه یمکن امتثالها، فیستحق غیر المخرج الثلث بالإرث.

هذا کله بناء علی البطلان فی أصل الإخراج لما تقدم، و لکن فیه روایه بوجه آخر مهجوره العمل و هی

روایه علی بن السری (۱)قال: «قلت: لأبی الحسن موسی (علیه السلام) إن علی بن السری توفی فأوصی إلی و أن ابنه جعفرا وقع علی أم ولد له فأمرنی بأن أخرجه عن المیراث، قال: أخرجه، و إن کنت صادقا فیصیبه خبل، قال:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۴.

فرجعت فقدمنی إلی أبی یوسف القاضی، فقال له أصلحک الله أنا جعفر بن علی بن السری و هذا وصی أبی فمره فلیدفع إلی میراثی من أبی، فقال أبو یوسف القاضی لی ما تقول: فقلت: نعم هذا جعفر بن علی السری، و أنا وصی علی بن السری قال: فادفع إلیه ماله، فقلت: أرید أن أکلمک، فأذن لی فدنوت حیث لا یسمع أحد کلامی، فقلت هذا وقع علی أم ولد لأبیه، فأمرنی أبوه و أوصی إلی أن أخرجه من المیراث، و لا- أورثه شیئا، فأتیت موسی بن جعفر (علیه السلام) بالمدینه فأخبرته و سألته، فأمرنی أن أخرجه من المیراث و لا- أورثه شیئا، فقال: الله ان أبا الحسن أمرک قلت: نعم فاستحلفنی ثلاثا، ثم قال لی أنفذ ما أمرک أبو الحسن (علیه السلام) به، فالقول قوله»

بل عن الصدوقین و الشیخ العمل بها فی موردها، و ان کنا لم نتحقق ذلک عن الأخیر منهم، لأنه جعلها قضیه فی واقعه.

نعم ظاهر الأولین ذلک، لکن فی الولد الذی قد أحدث الحدث المزبور، دون غیره، و حینئذ یکون عدم النفوذ فیما عداه مجمعا علیه، بل لعله کذلک فیه أیضا، لعدم قدح خلاف مثلهما فیه و لو أوصی بلفظ مجمل أی مطلق لم یفسره الشرع بشی ء خاص رجع فی تفسیره إلی الوارث بلا خلاف أجده بین من تعرض له، کقوله: أعطوه حظا من مالی، أو قسطا أو نصیبا أو قلیلا أو یسیرا أو جلیلا- أو جزیلا- أو نحو ذلک من الألفاظ التی کون مرجعها ما یعینه الوارث من مصادیقها المندرجه فیما أراده الموصی بحسب ظاهر اللفظ.

نعم فی المسالک و غیرها «لو تعذر الرجوع إلی الوارث لغیبه أو امتناع أو صغر أعطی أقل ما یصدق علیه الاسم، لأنه المتیقن».

قلت: لم لا- یکون التخییر للحکام أو عدول المسلمین فی المصادیق کالوارث اللهم إلا أن یقال: إن المخاطب بالتنفیذ أولا و بالذات الوارث، فالخطاب فی الحقیقه له، و لکن ناب غیره، للتعذر، فیقتصر علی المتیقن مما یعینه المنوب عنه، لو کان قد باشر التعیین.

نعم قد یقال: ان ذلک هو المتجه فیما لو أوصی إلی غیر الوارث بتنفیذ وصیته المزبوره، فإنه یکون حینئذ هو المخاطب، فله التعیین بأی مصداق ما لم یتجاوز الثلث و إن کنت لم أجد

مصرحا به.

ثم إن الظاهر اعتبار التمول فى المصداق، و إن سلم صدق المطلق على غيره، إلا أنه قد يقطع بعدم إراده الموصى إياه، بل قد يقال: باعتبار الأزيد من التمول فى الجليل و الجزيل و العظيم و نحو ذلك من الألفاظ، لشهاده العرف الذى هو المرجع فيها، خصوصا لو جمعها فقال: أعطوا زيدا مالا جزيلا، أو قسطا عظيما، و عمروا مالا يسيرا أو قسطا يسيرا أو قال:

عظيما جدا، أو قليلا كذلك، فلا بد حينئذ من التمييز بين الشخصين بذلك.

و ما فى المسالك هنا- من احتمال إراده الأقل نظرا إلى أن جميع المال متصف بذلك فى نظر الشرع، و من ثم حكم بكفر مستحل قليله و كثيره، كما نبهوا عليه فى الإقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم فى الموضوعين، و لا- ينافيه مع ذلك وصفه بالقله و نحوها لاختلاف الحيثيه بقلته من حيث المقدار، و جلالته من حيث الاعتبار.

و على هذا فلو قال: أعطوا زيدا قسطا عظيما، و عمروا قسطا يسيرا، لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزياده الأولى عن الثانى، كما ذكرناه- كما ترى، مجرد دعوى، يشهد العرف الذى قد أمرنا باتباعه على خلافها.

و لو قال: أعطوه كثيرا قيل: و القائل الشيخ و الصدوق و جماعه على ما قيل يعطى ثمانين درهما كما فى النذر للروايه التى وردت فيه (۱)مستدلا بها على ذلك بقوله تعالى «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَواطِنَ كَثِيرَةٍ» و قد كانت ثمانين، بل عن الشيخ تعديتها إلى الإقرار أيضا نظرا

إلى أن ذلك تقدير شرعى لكثير من غير فرق بين الموارد جميعها.

قيل: و القائل المشهور يختص هذا التفسير بالنذر كما اختص تفسير بعض الألفاظ مثل الجزء و السهم و الشی ء فى الوصيه، بما عرفت اقتصارا فيما خالف الأصل و العرف و اللغه على موضع النقل مضافا إلى أن روايه الكثير مرسله لا جابر لها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب النذر الحديث- ۱ و ۲ و ۳ و ۴.

فی المقام، بل الموهن لها متحقق، و مشتمله علی الاستدلال المعلوم اراده القریب منه، ضروره أن استعماله فی ذلک لا یقتضی الانحصار فیه، مع أنه قد ورد کثیرا فی القرآن فی أمکنه متعدده غیر مراد منه ذلک، فلا ریب أن الأقوی مساواته لغیره من الألفاظ السابقه کلفظ العظیم.

و الله العالم.

و الوصیه بما دون الثلث أفضل من الثلث، و بالخمس أفضل من الربع و هکذا للمروی فی محکی الحواشی للشهید

عن سعد(۱)«مرضت مرضا شدیدا فعادنی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فقال لی أوصیت؟ قلت: نعم أوصیت بمالی کله للفقراء و فی سبیل الله فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم): أوصی بالعشر فقلت: یا رسول الله إن مالی کثیر و ذریتی أغنیاء فلم یزل رسول الله (صلی الله علیه

و آله) یناقصنی و أناقصه حتی قال: أوصی بالثلث، و الثلث کثیر».

و ل ۲۴۵۶۶

قول الباقر (علیه السلام)(۲)«کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یقول: لئن أوصی بخمس مالی أحب إلی من أن أوصی بالربع، و إن أوصی بالربع أحب إلی من أن أوصی بالثلث، و من أوصی بالثلث فلم یترک، و قد بالغ»

وفی خبر آخر(۳)«من أوصی بالثلث فقد أضر بالورثه»

و فی القوی (۴)«إن الثلث حیف»

، و

فی القوی أیضا(۵)«ما أبالی أ ضررت بولدی أو سرقتهم ذلک المال»

إلی غیر ذلک من الروایات التی یستفاد منها أفضلیه الوصیه بالربع و الخمس من الثلث.

بل عن المقنعه أنه کذلک عند آل محمد صلوات الله علیهم أجمعین، کما أنه یستفاد منها أیضا استحباب مطلق الأقلیه منه الذی قد أفتی به جماعه، و إن أنکر فی جامع المقاصد دلاله النصوص علیه، لکن لا یخفی علی من لاحظها وضوح دلالتها علی ذلک، بل یستفاد منها کراهیه الوصیه بالثلث.

نعم قد یشکل ذلک بما دل علی الأمر بالوصیه به، و بالمحکی من

فعل الصادق (علیه السلام) «من الوصیه به»

و من ذلک قال فی المحکی عن المبسوط: إنه کان الورثه أغنیاء استحب له أن

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

یوصی بالثلث، و إن کانوا فقراء فالأفضل أن تکون وصیته فیما هو أقل من الثلث، و فی محکی الوسیله إن کانوا أغنیاء أوصی بالثلث، و إن کانوا فقراء فبالخمس و إن کانوا متوسطین فبالربع، و فی محکی التذکره لا یبعد عندی التقدیر، بأنه متی کان المتروک لا یفضل عن غنی الورثه لا یستحب الوصیه، لأن النبی (صلی الله علیه و آله) علل المنع بقوله لان تترک ورثتک أغنیاء خیر من أن تدعهم عاله، و لأن إعطاء القریب المحتاج خیر من إعطاء الأجنبی، إلی أن قال: فحینئذ یختلف الحال باختلاف الورثه فی کثرتهم، و قلتهم، و غناهم و حاجتهم، فلا یقدر بقدر من المال.

قلت: لعل ذلک کله منهم جمیعا بین النصوص، لکن قد عرفت خبر سعد، و لذلک صرح بعضهم، و أطلق الباقون استحباب التقلیل، و إن کان الورثه أغنیاء، و لعل الاولی له الوصیه بالثلث و قسمته علی الورثه علی مقدار سهامهم مع فقرهم و الأمر سهل.

[تفریع إذا عین الموصی له شیئا مطلقا و ادعی قصده من هذه الألفاظ و أنکر الوارث کان القول قول الوارث مع یمینه]

تفریع علی المسأله السابقه، و هو أنه إذا عین الموصی له شیئا من مصادیق اللفظ المطلق و ادعی أن الموصی قصده من هذه الألفاظ، و أنکر الوارث، کان القول قول الوارث مع یمینه بلا خلاف و لا اشکال، بل ظاهر المتن و غیره أن الیمین تتوجه علیه إن ادعی الموصی له علیه أی الورثه العلم بما ادعاه علی الموصی و إلا فلا یمین و فیه بحث، إذ الظاهر بمقتضی إطلاق الأدله استحقاق الیمین بمجرد الدعوی علی الموصی، و إن کان یمینه التی یکلف بها علی نفی العلم فلا یعتبر حینئذ فی استحقاق ذلک دعوی العلم علیه إذ لعله لا یدعیه علیه، لعدم علمه بعلمه، فإذا کلف بالیمین نکل لکونه عالما بالواقع، و لم یعلم به الموصی له، کما هو واضح. و الله العالم.

[الطرف الثالث فی أحکام الوصیه]

اشاره

الطرف الثالث: فی أحکام الوصیه التی قد تقدم منها ما إذا أوصی بوصیه، ثم أوصی بأخری مضاده للأولی کما إذا أوصی بعین لزید، ثم أوصی بها لعمرو، أو أوصی بربع ماله لشخص، ثم أوصی به لآخر، عمل بالأخیره (۱۱) بلا خلاف و لا اشکال، لکونه ناسخه للأولی،

و رجوعا عنها عرفا، بل الظاهر ذلک حتی لو کان ناسیا للأولی و ذاهلا کما عرفته فیما تقدم، بخلاف ما إذا لم تکن مضاده، فإنه یعمل بهما أیضا فیما لو أوصی بثلث ماله مثلا لزید، ثم أوصی بثلث ماله لعمرو، أنه من المتضادین أولا، فلاحظ و تأمل.

و لو أوصی بحمل دابه مثلا- فجاءت به لأقل من سته أشهر الذی هو أقل الحمل شرعا صحت الوصیه به لظهور وجوده حال الوصیه، و إن لم یکن ذلک معتبرا فیه، لصحه الوصیه بما تحمله الأمه، لکن المفروض فی الوصیه المزبوره إراده الحمل الموجود فعلا و قد انکشف بولادته لدون السته أنه کذلک، فتصح بخلاف ما لو کان قد جائت به لعشره أشهر من حین الوصیه أی بعدها، بناء علی أنها هی أقصی الحمل، فإنه یعلم بذلک عدم وجوده حال الوصیه التی قد عرفت فرض بطلانها بذلک، ف لم تصح و أما إن جاءت به لمده بین السته و العشره و کانت خالیه من مولی و زوج بأن فارقها من یباح له وطؤها حکم به للموصی له لمعلومیه سبق وجوده علی الوصیه، إذا احتمال تجدده منتف بفرض المفارقه و أصاله عدم وطئ غیر الوطء السابق، و ظهور حال المسلمه فی عدم الزنا و غیره.

و (۱۱) من هنا لو کان لها زوج أو مولی، لم یحکم به للموصی له، لاحتمال توهم الحمل فی حال الوصیه و تجدده بعدها (۱۲) فلم یعلم حینئذ بوجوده قبلها، و الشک فی ذلک شک فی صحتها، فتبقی أصاله بقاء المال بحالها، هذا.

و لکن قد یناقش هنا بأن الأصل عدم وطئ آخر تجدد منه الحمل، و وجود الفراش أعم من ذلک، مضافا إلی أن الظاهر بملاحظه الغلبه العادیه التولد من الوطء الأول فیما بین الأقصی و الأقل، بل هی المرجع فی الحیوان غیر الإنسان الذی لم یقدر الشارع لأقل الحمل منه، و أقصاه مده معلومه، و إن اختلف باختلاف أجناسه، فان للغنم مقدارا معلوما عاده، و للبقر مقدارا زائدا، و هکذا، و لا فرق بین الإنسان و الحیوان فی ذلک قال فی المسالک هنا: «إن المسأله من باب تعارض الأصل و الظاهر، فلو رجح مرجح الظاهر علیه، فی بعض مواردها کما یتفق فی نظائره، لم یکن بعیدا إن لم ینعقد الإجماع علی خلافه، و کیف کان فلا خروج عما

علیه الجماعه».

و إن کان هو کما تری، ضروره عدم صلاحیه معارضه الظاهر الأصل، إذا لم یقم دلیل علی اعتباره شرعا، و لا کان بوجه یندرج فی العلم عاده، باعتبار أنه الطمأنینه الحاصله فیها، و الفرق بین الخالیه و غیرها مع اشتراکهما فی الأصل المزبور لا یخلو من نظر، و احتمال أنه لظهور حال المسئله فی عدم الزنا یدفعه فرض المسأله فی الأعم من المسلمه، مع أن سبب التجدد غیر منحصر فی الزنا، إذ قد یکون من شبهه أو من رائحه أو غیر ذلک من الأسباب التی لا یمکن حصرها، و لا ظهور لحال المسلمه فی نفیها، فلو فرض الإیصاء بحمل جاریه لا زوج لها و لا مولی یطؤها کما لو کانت مملوکه لامرأه فاتفق أنه جاءت به لدون السته صحت الوصیه، و بعد العشر لم تصح، و فیما بینهما البحث المفروض و لا فرق بین الخالیه و غیرها فی ذلک، إذ خلوها من الزوج و المولی لاقتضی عدم حملها، کما أنه لا یعتبر فی موضوع المسأله کونها ذات زوج، أو مولی قد وطأها، بل المراد الوصیه بحمل الأمه أو الدابه، علی تقدیر وجوده من أین ما کان، و لعل ذکر المولی فی کلام المصنف لبیان احتمال تجدد الحمل، لا لبیان أنه مملوک أیضا حتی یشکل ذلک بعدم تصور حمل مملوک یوصی به من المولی، بناء علی عدم ملک العبد کما هو واضح.

و کیف کان فالتحقیق فی المسأله ملاحظه الأصول فی جمیع شقوقها، و العمل علی الحاصل منها بالنسبه إلی السبق علی الوصیه و عدمه حتی ملاحظه جهل التاریخ و عدمه من غیر فرق بین الإنسان و غیره، و الخالیه و غیرها، و معلومه الوصی قبل الوصیه و غیرها و مع فرض الشک و عدم تنقیح شی ء منها بشی ء منها یحکم ببطلان الوصیه، ما لم یکن هناک عاده یحصل منها الاطمئنان المزبور علی وجه یکون الاحتمال معه موهوما.

و لم أجد من استند إلی أصل الصحه فی شی ء من أفراد المسأله حتی فی صوره الوصیه به بعد الاطمئنان بحصوله للإمارات العادیه، ثم حصل الشک بعد ذلک فیه و قد کان بین الأقل و الأقصی، مع وجود الزوج و عدمه مع احتمال، و إن کان الشک المفروض فی أصل وجود الموضوع فتأمل جیدا فیه، و فی نظائره مما یقع علی حسب مجری العقلاء، و المعتاد.

و لو قـال: إن كـان فی بطن هـذه ذكر فله درهمان، و إن كان أنثی فلها درهم فإن خرج أحـدهما فلا إشـكال و إن خرج ذكر أو أنثی فكان لهما ثلاثه دراهم أيضا للصدق أما لو قال: إن كان الذی فی بطنها ذكر ف له كذا و إن كان أنثی فكذا، فخرج ذكر و أنثی، لم يكن لهمـا شـی ء لعـدم الانـدراج فی عبـاره الموصـی التی قـد فرض فيهـا الانحصار بمعنی كون المراد أن جميع ما فی بطنها، و كـذا لو قال ما فی بطنها أو حملها أو نحو ذلك ما هو ظاهر فی كون الموصـی له مجموع ما فی البطن الـذكر أو الأنثی، فالفرض لم يـذكره الموصـی، و لم يتعرض له، بخلاف العباره السابقه التی قـد عرفت الحال فيها من أنه يعطی كل منهما نصـيبه، إلا إذا قامت قرينه علی كون المراد منها ما يراد بالثانيه، فلا يعطيان حينئـذ شـيئا كما أنه لو قامت قرينه علی كون المراد بالثانيه ما يراد بالأولی أعطی كل منهما نصـيبه، و لو خرج فی الصوره الأولی ذكران أو أنثيان أو هما معا، ففی تخيير الوارث إعطاء نصـيب الـذكر أو الأنثی لأيهما شاء، أو اشتراک الـذكرين فی الـدرهمين، و الأنثيين فی الدرهم، أو الإيقاف حتی يصـطلحا وجوه، و فی المسالـک الأـول أجودهما، لأن المسـتحق للوصـيه هو ذكر فی بطنها أو أنثی فی بطنها و هو صادق عليهما فيكون تعيينه للوارث، كما فی كل لفظ متواط، و لا يتوجه هنا احتمال اسـتحقاق كل واحد من الذكرين مثلا ما عين له، لأن الموصـی له مفرد نكره فلا يتناول ما زاد علی واحد بل كان بالنسبه إليهما متواط كما لو أوصی لأحد الشخصين أو الفقير أو نحو ذلك.

قلت: المفرد النكره الـذی لاـ يتناول ما زاد علی الواحـد علی وجه ينافيه التعـدد علی حسب «لا رجل فی الـدار، بل رجلان» يتجه عدم إعطاء شـی ء لعدم اندراج الواقع فيما صدر من الموصی، كما هو كذلک فی الصوره الثانيه، لو جاءت بذكرين أو أنثيين إن كـان المراد مـا شـمل ذلـک باعتباره إراده الجنس بقرينه المقابله بالأنثی، فيكون المتجه الاشتراک حينئـذ فی الموصـی به، و إن كـان قـد يحتمـل غيره، إلاـ أن ذلک هو الظاهر، كما أن الظاهر ما ذكره من التخيير مع إراده الواحـد الـذی لا ينافيه التعـدد، فإنه ينحل فی الفرض إلی أن الوصيه لأحدهما الذی لو فرض التصريح به فی الوصيه اتجه التخيير حينئذ فتأمل.

و لو ولدت خنثی مشكلا فی الفرض أعطيت الأقل، بناء علی أنه ليس طبيعه ثالثه لأنه

المتيقن هنا، و أما احتمال عدم استحقاق شی ء لأنه ليس أحد الأمرين، فواضح الضعف.

نعم لعله كـذلک إذا لم يكن فی الموصـى به متيقن، مع أن المتجه فيه الصـلح أو القرعه لعـدم تعيين المملوک له، بل قد يحتمل ذلـک أيضـا فيمـا إذا كـان فی الموصـى به متيقن، ثم لا يخفی عليک أن الوصـيه بالحمل المعين كالوصـيه له فيجری فيه البحث السابق.

نعم لو سـقط الأول بجنايه جان ضـمنه للموصـى له، بخلافه فی الثانی، الذی تبطل الوصـيه له بسقوطه ميتا و إن كان بجنايه جان، ضروره مراعاه ملكه بخروجه حيا و لو سقط ميتا لنفسه تبطل فيهما كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لک أنه لا إشكال و لا خلاف فی أنه تصح الوصيه بالحمل المتحقق حال الوصيه، بل و لا إشكال أيضا و لا خلاف فی الصـحه بما تحمله المملوكه دابه أو أمه و الشجره لإطلاق أدله الوصيه، فلا يقدح كونه معدوما حالها، لأنه يكفی فيها احتمال الوجود فيما يأتی، و إن لم يكن عن شأنه الوجود كالوصـيه بما يشتريه أو يتهبه فی مسـتقل الأزمنه، كما صرح به فی جامع المقاصد بل هو مقتضی ما فی القواعد من أن المراد بالوجود المعتبر فی الوصيه إمكان وجوده احترازا عما يمتنع وجوده، و مرجعه فی الحقيقه إلى عدم اشتراط الوجود.

و من هنا ترک اشتراطه فيها بعضـهم، بل صـرح آخر بعدم اشتراطه حال الوصيه و الأمر سهل بعد وضوح المراد بل ظاهرهم عدم الفرق فی الوصـيه المزبوره بين العهـديه و التمليكيه، و إن كان قـد يشـكل الثانی بعدم قابليه المعدوم الذی لم ينزله الشارع منزله الوجود للتمليک، و قد يدفع بأن الشارع قد نزله فيها أيضا منزله الموجود، مضافا إلى بناء الوصيه على تعليق الملک، و تأخره عن حال وقوعها إلى ما بعـد الموت، فلا يقـدح تعليقها بما يوجد قبل الموت إن وجد، بل و بعد الموت، لعدم اعتبار مقارنه التمليک لوقوعها، و العمده فی ذلک إطلاق الأدله الذی مقتضاه أنه تصح الوصيه بذلک.

كما تصح الوصـيه بسكنی الدار مثلا مده مستقبله مثلا، إذ لا فرق فی المنفعه المتجدده بين أن تكون عينا كحمل الشجره و الدابه و غيرها كركوب الدابه، كما لا

فرق بين المضبوط بمده كالمتجدد فى هذه السنه أو عشر سنين، و بين المطلق و بين العام المتناول الجميع ما يتجدد منها ما دامت موجوده، و لا- فى المضبوط بمده بين المتصل بالموت و المتأخر، كالسنه الفلانيه من المتجدده، و المراد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما استفيد من الفظ يدل عليه، كقوله كل حمل تجدد، أو كل ثمره يتجدد أو نحو ذلك، و لو كانت بما فى المتن.

ففى المسالك بنى على أن «ما» الموصوله للعموم أم لا؟ و مع الشک فالواحد معلوم، و الأصل عدم الوصيه فى غيره، و فيها أيضا أنه يبقى بحث آخر، و هو أن الحمل المتجدد يدخل فى هذه العباره قطعا لأنها بصيغه المضارع، و هل يدخل الموجود حال الوصيه يبنى على أن المضارع هل هو مشترک بين الحال و الاستقبال أم يختص بأحدهما حقيقه و هو فى الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأصوليين و النحويين، و عليه يتفرع الحكم و الأقوى دعم دخول الموجود للشک فى تناوله للحال و رجحان الاشتراک الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأصوليين، و بالجمله فالمسأله مشكله المأخذ جدا.

قلت: قد يقال على الأول أنه يمكن إراده العموم، و إن لم نقل بأن «ما» الموصوله له، باعتبار اقتضاء تمليک الطبيعه، لا بشرط جميع أفرادها على ما هو مقرر فى نحوه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و الكلب نجس، و غير ذلک من الأحكام المقتضيه ذلک، بخلاف مثل الأمر المقتضى تحقق الامتثال به بفرد واحد.

و من هنا احتمل فى جامع المقاصد إراده العموم بالوصيه المطلقه، و إن استضعفه و اكتفى بالفرد الواحد، لكنه لا يخلو من قوه، و على الثانى بأن مقتضى الاشتراک فى المضارع التوقف، أو الرجوع إلى القرعه، لا التخصيص بالمتجدد.

نعم قد يقال: إنه المنساق عرفا فى مثل الفرض و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لک من ذلک أنه لو أوصى بخدمه عبد، أو ثمره بستان، أو سكنى دار، أو غير ذلک من المنافع سواء كانت أعيانا أو غير أعيان على التأبيد، أو مده معينه صح من غير خلاف فيه عندنا، و لا إشكال، و لا

يشكل ذلک بأنها و نحوها ليست من تركه الميت، و لا من أملاكه، بل هى نماء التركه التى يملكها الوارث بالموت، و لذا لم تقض ديونه منها، لأنه يدفعه بأنها تكون للوارث، إذا لم يوص بها الميت، و إلا خرجت، ضروره أنه للمالک الموصى التسليط عليها، باعتبار ملكه العين و قد استفاضت النصوص (۱)أنه أحق بماله ما دامت الروح فيه، فيصنع به ما شاء و لذلک كان له إجاره الأعيان، و بيع نمائها مده تزيد على عمره، على أنه لو سلم عدم

كونها من أعيان التركه، و لا من توابعها، إلا أن لها كمال المدخليه فى قيمتها، بل هى فى الحقيقه عباره عنها، فإذا فرض أنه أوصى بالمنافع المتجدده، فقد نقص الأعيان على الوارث فيضمنه فى ثلثه، لأن كل نقص يدخل على الوارث بسبب وصيه الموصى يدخل على الثلث.

إنما الكلام فى طريق معرفه ذلک، و هو فى المده المنقطعه واضح، ضروره تقويم العين مسلوبه المنفعه تلک المده و غير مسلوبتها، و ينظر التفاوت، و يخرج من الثلث.

أما المؤبده فللأصحاب طرق ثلاثه فى ذلک، أحدها تقويم العين بتمامها على الموصى له، و احتساب ذلک من الثلث، لعدم قيمه لها مسلوبه المنفعه، و لتعذر معرفه المؤبده بغير ذلک، و لدوام الحيلوله بين الوارث و العين، و هو بمنزله الإتلاف، و لذا ضمن به الغاصب جميع القيمه، فليس إلا الطريق المزبور، و إن كانت العين على ملک الوارث، و يضعف بأن ذلک لا يخرج العين عن التقويم أصلا، فإنه لا بد أن تبقى لها منفعه تعود إلى الوارث كالعتق فى العبد، و أكل اللحم فى الشاه لو أشرفت على الموت فذبحت نحو ذلک، و فرق واضح بين الموصى له الذى هو كالمستأجر، و الغاصب الآخذ باليد العاديه مع إمكان الالتزام به أيضا مده معينه.

نعم لو فرض أن لا نفع فى العين أصلا على وجه لا قيمه لها مسلوبه المنافع اتجه ذلک، لكنه فرض نادر، بل ليس مفروض البحث، و من ذلک يظهر أن المتجه القول الثانى الذى هو تقويم العين مسلوبه المنافع الموصى بها، و إن قلت القيمه و تقويمها غير مسلوبه، و ينظر التفاوت، و يخرج من الثلث، لكون العين للوارث و له بعض المنافع فيها من حيث الملک، و بذلک تكون

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا.

ذات قیمه، فلا معنی، لاحتسابها من الثلث و الفرض أنها لم تفت علی الوارث، کما أنه لا معنی لعدم احتسابها علی واحد منهما، و هو القول الثالث، و إن وجه بعدم کونها للموصی له کی تحتسب علیه، و عدم قیمه لها کی تحتسب علی الوارث، لکن لا یخفی علیک ما فیه، بعد ما عرفت، کما أنه لا یخفی علیک ما یتفرع علی ذلک من الوصیه لرجل بالرقبه، و لآخر بالمنفعه مؤبدا، و من الوصیه بالعین، و إبقاء المنفعه للورثه و غیر ذلک فی الاحتساب و عدمه و الله العالم.

و کیف کان فما فی المتن من أنه لو أوصی بخدمه عبد إلی آخر ما سمعت قومت المنفعه فإن خرجت من الثلث، و إلا کان للموصی له ما یحتمله الثلث لا- بد من تنزیله علی إراده تقویم المنفعه بأحد الطرق السابقه لا أن المراد تقویم نفس المنفعه من دون ملاحظه العین مسلوبه و غیر مسلوبه، لما عرفت من أن المضمون علیه فی الثلث النقص الذی ادخله علی العین بسبب الوصیه بالمنفعه لا المنفعه نفسها، فإنها لیست من الترکه، فلا یعد الوصیه بها إتلافا لبعض الترکه، کی یحتسب علیه من الثلث.

و من هنا قد کانت الوجوه السابقه علی ما سمعت، بل لا فرق فی ذلک بین الوصیه لتمام المنفعه أو بشی ء منها و بین المؤبده و غیر المؤبده، فما عساه یظهر من قواعد الفاضل من الفرق حیث جعل التقویم فی الوصیه باللبن له دون العین فی غیر محله و إن علله فی جامع المقاصد بأن اللبن نفسه عین، و إن عد منفعه عرفا.

لکن قد عرفت أن المدار التجدد لا ذلک، و لذا لم یفرق المصنف بین خدمه العبد و ثمره البستان و غیرها فی ذلک، کما هو واضح، و لو لم یکن له غیر العبد الذی أوصی بخدمته مؤبدا مضت وصیته فی ثلثه خاصه، لکن هل یعطی من المنفعه مده تقابل مقدار الثلث، ثم یرد إلی الورثه، أو یکون له منها ما یقابل الثلث مؤبدا و لو عشر المنفعه أو أقل؟ وجهان: أقواهما الثانی: و الله العالم.

و علی کل حال ف إذا أوصی بخدمه عبده أو دابته مده معینه فنفقته علی الورثه بلا خلاف و لا إشکال لأنها فی النص و الفتوی

تـابعه للملک المفروض کونه للوارث، بل الظاهر کونها کـذلک فی المؤبـده، و إن توقف فیه الفاضل فی القواعـد مما عرفت، و من کون الموصـی له قد ملک المنفعه فکان کالزوج بل هی المقابله للمنفعه، إذ من کان النفع له، کان الغرم علیه، و إلا لاقتضی الإضـرار بـالوارث کـل ذلک مضافا إلی أصاله البراءه المقتصـر فی الخروج منها علی المتیقن، و هو المملوک ملکا تاما، بل لعل الفرض لا یندرج فی المنساق من المملوک.

و من هنـا قیـل بکون النفقه علی الموصـی له، لکن فیه أن بعض مـا ذکره وارد فی الموقته أیضـا مشـترک الإلـزام، ضـروره عـدم انـدراج الموصـی له فی المنسـاق أیضـا، مع أن الأصـل براءه ذمته، و فرق بینه و بین الزوج الواجب علیه النفقه مع الـدلیل عوض التمکین من الاستمتاع خاصه، بل هو أشبه شی ء بالعین المستأجره.

و من هنا احتمل أو قیل بکون النفقه من بیت المال مطلقا أو إذا عجز کسـبه عنه إلا أن الجمیع کما تری اجتهاد فی مقابله إطلاق مـا دل علی وجوب الإنفـاق علی المالک الـذی هو الوارث قطعا، و لا ینافیه عـدم التسلط علی المنفعه، و لیس ذلک من الضـرر المنفی فی الشـریعه، بل هو کنفقه الحیوان الـذی بطل الانتفاع به، مع أنه متمکن من إزالته بالعتق مثلا، و القیاس علی الزوج لیس من مـذهبنا، مع أنه مع الفارق، و بیت المال معد لغیر ذلک، و الحکم بأخذ النفقه منه متوقف علی الحکم بعدم کونها علی أحد، و هو محل البحث.

نعم قـد یتجه أخـذها منه لو أعتق، و فرض عدم حدوث مال له باتهاب و نحوه فإنه حینئذ عاجز لمملوکیه منافعه، و عدم المالک له، و أما لو کان له مال أنفق علیه منه لأن الحر القادر نفقته علیه، إلا فی الزوجه، هذا.

و فی القواعد لو أسقط الموصی له الخدمه أی الموصی بها مطلقه أو موقته فللوارث.

قلت: لعل وجهه إن ذلک من الحقوق التی تسـقط بالإسقاط، و لما فی جامع المقاصد من أن مناط المنافع المذکوره الذمه، و إن تعلقت بالرقبه کما لو استأجره علی وجه خاص، ثم أبرأ ذمته أو أسلفه فی حنطه و شرط کونها من حنطه بلد، ثم أبرأ ذمته حینئذ، فیکون حقا للوارث، لأن ما یوهب للعبد فهو لسیده.

لكن فيه إمكـان منع ذلـك، بـل هو تمليـك لمنفعه العبـد بالوصـيه نحو تمليـك منفعه الـدابه بهـا و بالإجاره مثلا، فليس موردها الذمه، و العبد لا ذمه له يتحقق فيه مثلا ذلك نحو الحر، مع أنه يمكن فرض المقام فى عبد لا ذمه لصـغر، أو جنون أو غيرهما، و العبـد غير قابـل للهبه كالـدابه، و المنـافع و إنمـا أثر فى الرقبه، و بقيت المنافع مسـتثناه مملوكه، فإذا أسـقط حقه منها رجعت إلى الوارث، لكونها متلقاه عن مورثه للموصى له، فإذا أبطل حقه منها عادت إلى الوارث، لقيامه مقامه».

و فيه أن المتجه على ما ذكره أولا كونها للعبد، لأنه إذا جعل محلها الذمه- و لذا أسـقطها بالإسقاط- اتجه حينئذ عدم ملك أحد غيره لمنـافعه، بل على ما ذكره أخيرا أيضا فإنه هنا حر قابل للتمليك، هـذا كله فى العبـد أو الـدابه الموصـى بمنفعتها أما لو كان الموصـى بمنفعته نخلا مثلا أو دارا فاحتاجا إلى السقى و التعمير لم يجبر أحدهما لو امتنع، لأن المالك لا يجبر على المصلحه، و لا على مصلحه غيره.

نعم لو أراده أحدهما على وجه لا يضـر بالأخر، لم يكن له المنع على الظاهر، فما فى المسالك من احتمال طرد الخلاف فى نفقه الحيوان بنـاء على وجوب ذلـك على المالـك حفظـا للمـال، لا يخلو من نظر، إذا لمسـلم حرمه إتلافه سـرفا و تبـذيرا، لا وجوب حفظه بالمعنى المفروض، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين المنفعه المؤبده و غيرها كما هو واضح و الله العالم.

و كيف كـان ف للموصـى له التصـرف فى المنفعه على وجه لاـ ضـرر فى العين، بـل على حسب التصـرفات فى المنافع و للورثه التصرف فى الرقبه ببيع و عتق و غيره مما هو غير مناف للمنفعه و لا يبطل حق الموصى له بذلك بلا خلاف معتد به، و لا إشكال أجده فى شى ء من ذلك لتسلط كل مالك على ملكه، و ليسا كالشريكين اللذين لا يجوز لأحدهما التصرف فى العين المشتركه إلاـ بـإذن الآـخر لعـدم التميز بخلاـفه هنا، فإن ملك كل منهما مميز عن الآخر على وجه يمكن التصـرف فيه من دون منافاه، و لا ضرر على الآـخر، و أمـا تسـليم الموصـى له العين من غيره فالبحث فيه ما سـمعته فى الإجاره، و لا فرق فى استيفاء منفعته منه بين السفر و الحضر بعد فرض شمول اللفظ لذلك، و لو بالتعميم و الإطلاق

الذی بمنزلته.

نعم فی قواعد الفاضل «لا- یملک الوارث بیعه أی الموصی بمنفعته إن کانت المده مؤبده، أو مجهوله لجهاله وقت الانتفاع المقتضی لتجهل المبیع فی المجهوله و لسلب المنافع فی المؤبده، فتکون کالحشرات».

و فیه أن المشتری بالبیع یکون کالبائع، و جهل المده التی ینتفع بها الموصی له إذا فرض الوصیه له بمنفعه سنه مثلا و الخیار بیده لا تجهل المبیع، کما أن الوصیه بالمنافع کلا فی مثل العبد لا یصیره کالحشرات، ضروره بقاء الانتفاع بعتقه مثلا، و لو فرض عین سلب عنها المنافع جمیعا بالوصیه علی وجه یکون شراؤها و نحوه من معاوضات الأموال سفها، اتجه المنع حینئذ، و لعل ذلک هو المدار من غیر فرق بین بیعه علی الموصی له و غیره، فما فی القواعد «من أنه لا یملک الوارث بیعه، أی العبد الوصی بمنفعته، مؤبده، إلی أن قال: و هل یجوز بیعه من الموصی له، فیه نظر» لا- یخلو من بحث، بل لا یخلو ما فیها من الإشکال فی الاجتزاء بعتقه عن الکفاره، و فی صحه مکاتبته من البحث أیضا، ضروره إطلاق أدله الکفاره و الکتابه، و امتناع الاکتساب علیه لا ینافی الثانیه لا مکان أخذ مالها من الصدقات مثلا.

و علی کل حال فالوصیه بذلک تملیک عندنا لا عاریه، فلو مات الموصی له ورث عنه و تصح إجارته، و إعارته، و لا یضمن العبد إذا تلف فی یده بغیر تفریط، و یدخل اکتساب العبد من الاصطیاد و الاحتطاب فی منافعه، فیملکه الموصی له حینئذ، بل الظاهر ذلک حتی لو أعتق و أن استشکل فیه فی القواعد.

نعم الظاهر عدم ملکه ولد الجاریه بذلک، لأنه لا یعد من منافعها بخلاف عقرها و إن دخل فی نماء الوقف علی وجه یملکه الموقوف علیه باعتبار ملکه ذی النماء و هو المراد بتسبیل المنفعه لا أنه یندرج فی إطلاق المنفعه الذی هو موضوع المسأله و لذا قلنا بخروج الولد دون العقر، و کذا فی الإجاره فتأمل.

لکن فی القواعد «و فی تملیک ولد الجاریه و عقرها إشکال ینشأ من بطلان الوصیه بمنفعه البضع، و کون الولد جزء من الأم یتبعها فی الأحکام، و من کون ذلک کله من المنافع».

و فيه منع بطلان الوصيه بمنفعه البضع، و إن كان لا يجوز له الوطء بذلك إذ لا تلازم بينهما بعد توقف الأخير على أسباب خاصه، و لا يملك الموصى له الوطء لأن له أسبابا خاصه ليست الوصيه منها، بل فى القواعد و يمنع الوارث أيضا منه، و إن كان لا يخلو من بحث، لأنه من الاستمتاع الذى يتبع ملك العين كالتقبيل و التلذذ بالنظر و اللمس فإذا فرض وقوعه على وجه لا ينافى ملكيه المنفعه اتجه الجواز، و احتمال الحبل المنقص للمنفعه يدفعه- مع أن الأصل عدمه- إمكان فرضه فى جاريه آيسه منه.

نعم قد يتجه المنع بناء على ما قلناه من اندراج منفعه البضع فى ملك المنفعه للموصى له، و الأولى بناء المسأله على ذلك، و يفرق بينه و بين النظر و اللمس، بعدم عوض لهما شرعا بخلافه، و حينئذ يتجه وجوب العقر عليه للموصى له. مضافا إلى الإثم، و الله العالم.

و على كل حال فإن وطء أحدهما فهو شبهه لأحد عليه، مع احتماله فى الموصى له، بل قوته مع فرض علمه بعدم جواز الوطء له، ضروره كونه وطأ أجنبيه كوطئ المستأجر و تصير أم ولد لو حملت من الوارث، لا منه، و لو وطأت للشبهه، فعلى الواطئ العقر للموصى له، و فى القواعد على اشكال، و إذا أتت بولد فهو حر و على الواطئ قيمته للوارث على ما قلناه، و فى القواعد فإن قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمه له، و إلا فللوارث و لو ولدت من الموصى له فهو حر بناء على أن وطيه شبهه، و عليه القيمه للوارث على ما قلناه.

و للموصى له المسافره بالعبد الموصى بخدمته، و ليس للعبد التزويج إلا برضا الوارث، و فى اعتبار رضى الموصى له مع ذلك اشكال، و فى القواعد اعتباره أيضا، بل هو الأقوى بناء على اندراج منفعه البضع فى المنفعه الموصى بها.

و إذا قتل الموصى بخدمته أبدا و وجب القصاص، بطلت الوصيه، و كان المطالب به الوارث، و لو كان القتل موجبا للقيمه صرفت إلى الوارث على الأقوى، لانتهاء الوصيه بانتهاء العمر، كالإجاره، و يحتمل شراء عبد حكمه ذلك، و تقسيطها بينهما، بأن تقوم المنفعه المؤبده، و العين السلوبه المنفعه، و يسقط عليهما.

و لو قطع طرفه اختص الوارث بأرشه على الأقوى، و يحتمل التقسيط أيضا، و لو لم تنقص.

به المنفعه کالأنمله فهو للوارث قطعا، و لو جنى العبد قدم حق المجنى عليه على الموصى له، فإن بيع بطل حقه، و إن فداه الوارث استمر حقه، و كذا ان فداه الموصى له، و هل يجبر المجنى عليه على قول قبول فداء الموصى له؟ اشكال من تعلق حقه بالعين و من كونه أجنبيا عن الرقبه التى هى متعلق الجنايه، و كذا الكلام فى المرتهن.

و من ذلک كله ظهر لک أن للمالک نفعا فى العين الموصى بمنفعتها بحيث يجوز له بيعها، لا أنها صارت بالنسبه إليه كالحشرات، و الله العالم.

و لو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب و هى الفارسيه التى يرمى بها و قوس النبل و هى العربيه التى يرمى بها السهام العربيه و قوس الحسبان و هى التى لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار، فيتخير حينئذ فى دفع أحدها بناء على القاعده التى ستعرفها إن شاء الله تعالى، دون القوس المسمى بالجلاهق، و هى التى يرمى بها البندق، و دون قوس الندف، خلافا لابن إدريس، فخير بين الخمسه و لعله لا نزاع، ضروره كون المدار على العرف الذى تحمل عليه الوصيه، و ربما تكون الخمسه بالنسبه إليه سواء.

و ربما يختص بواحد، كما اعترف به ثانى الشهيدين، حيث قال: «لا ريب فى أن المتبادر فى زماننا هو القوس العربيه خاصه، بل قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس و لا ينصرف اليه فهم أحد من أهل العرف».

فالتحقيق جعل المدار على العرف الذى تحمل عليه الوصيه، دون غيره و لو كان لغه إلا مع قرينه تدل على إراده غيرها أى القوس المتعارفه، فإنها المتبعه حينئذ كما هو واضح.

و الظاهر عدم دخول الوتر فيه لتحقيق اسمه بدونه، و إن توقف نفعه عليه، فإنه المدار لا الثانى.

نعم لو كان هناك عرف يقتضى أو قرينه أتبعا، و إلا فلا و كذا كل لفظ

وقع معناه على أشياء وقوعا متساويا لكونه متواطئا فللورثه اختيار فى تعيين ما شاء و امنها لصدق تنفيذ الوصيه بذلك، و الأصل عدم وجوب غيره كما أن الأصل عدم ثبوت حق الخيار لغير الوارث مع فرض عدم إيصاء الموصى به لغيره كما سمعته فيما تقدم هذا.

و لكن فى المسالك إدراج المشترك لفظا فى كليه المتن، و لعله لأعميه وقوع اللفظ من المشترك و المتواطئ، بل لعل الظاهر منه الأول، قال: و هو أعم فائده، و فى عباره العلامه تصريح بإرادته إلى أن قال: «و ربما قيل فى المشترك بالقرعه، و هو بعيد».

قلت: بل هو قريب كما عن التذكره و غيرها ما لم يقم دليل معتبر على خلافه، لكن ظاهر إرسال غير واحد من الأصحاب لذلك هنا إرسال المسلمات- مع معلوميه إراده المتكلم بالمشترك واحدا معينا عند المتكلم، بل هو معنى المشترك- ان العرف فى الوصيه يقتضى إراده المسمى بهذا الاسم، و هو المسمى بعموم الاشتراك، و لعله كذلك عند التأمل و الله العالم.

و فى القواعد «و الضابط ان كل لفظ يقع على الأشياء وقوعا متساويا، أما لكونه مشتركا أو لكونه متواطئا، فإن للورثه الخيار فى تعيين ما شاءوا، و يحتمل فى المشترك القرعه، و يحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقه دون المجاز».

قلت: قد يقال: أن الأخير مناف لما ذكره من الضابط، ضروره كون الحقيقه فى المشترك إراده المعين، لا عموم الاشتراك الذى صرح به سابقا، بل يمكن دعوى ظهور عباره المتن فيه أيضا كما سمعته سابقا.

هذا كله إذا أوصى بالقوس و نحوه من دون قرينه.

أما لو قال: أعطوه قوس، و لا قوس له إلا واحده، انصرفت الوصيه إليها من أى الأجناس كانت بلا خلاف و لا اشكال، و لو فرض ان له قسيا متعدده و لا واحده تنصرف إليه الإضافه، و تخير بينها كالسابق.

و فى المسالك «لكن نزيد هنا أن الحكم يختص بما لو كان له من كل نوع، فلو كان له من نوعين خاصه، أو ثلاثه، فإن كان أحدهما خاصه من الغالب حمل عليه، و ان اشترك الغلبه

تخير الوارث، و إن تعدد الغالب مع وجود غيره كما لو كان قوس، ندف، و قوس نبل و قوس حسبان تخير فی الأخيرين، و لو لم يكن له إلا قوس ندف و جلاهق خاصه ففی التخيير بينهما أو الانصراف إلی الجلاهق لأنه أغلب، وجهان: و علی ما اخترناه من مراعاه العرف يرجع إليه هنا فتأمل.

و علی كل حال ف لو أوصی برأس من مماليكه، كان الخيار فی التعيين إلی الورثه لما سمعته من الضابط الذی هذا أحد أفراده و حينئذ ف يجوز أن يعطوا صغيرا أو كبيرا، صحيحا أو معيبا ذكرا أو أنثی أو خنثی لصدق اللفظ و عدم الانصراف إلی الصحيح هنا، بخلاف التوكيل فی الابتياع و نحوه، لكونها من التبرعات المحضه بخلاف عقود المعاوضه المبنيه علی حفظ المال، و المماكسه، و المغابنه.

و إنما يتخير الوارث مع وجود المتعدد فی التركه، و إلا تعين الموجود، و لو لم يكن له مملوك بطلت، و هل المعتبر الموجود عند الوصيه أو الموت أجودهما الثانی لأنه وقت الحكم بالانتقال و عدمه، كما اعتبر المال حينئذ، و وجه الأول اضافه المماليك إليه المقتضيه لوجود المضاف.

و لو هلك مماليكه بالموت بعد وفاته أی الموصی أو قبلها الا واحدا تعين للعطيه كما فی كل مخير انحصر فی فرد فإن ماتوا أجمع كذلك بطلت الوصيه بمعنی انتفاء موضوعها فإن قتلوا علی وجه يوجب القيمه لم تبطل (۱۱) الوصيه و كان للورثه أن يعينوا له من شاءوا و يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، و إلا أخذها من الجانی (۱۲) لانتقال حق الوصيه إلی البدل القائم مقام المبدل عنه فی ذلك و فی التخيير، من غير فرق بين الكل و البعض، و لو قتلوا فی حياه الموصی ففی المسالك بعد أن حكی الخلاف فی ذلك قال: ان الأصح عدم بطلان الوصيه و انتقال حكمها إلی البدل.

قلت: لكن الانصاف عدم خلو الأول عن قوه، كالعين الموهوبه قبل القبض و الله العالم.

[الإشهاد علی الوصيه]

و تثبت الوصيه: (۱۳) بمال أو ولايه بشاهدين مسلمين عدلين (۱۴) بلا خلاف و (۱۵) لا اشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، لعموم ما دل علی حجيتها كما لا خلاف

فی أنه مع الضروره و عدم عدول المسلمین، تقبل شهاده أهل الذمه خاصه فی الأولی منها، بل عن فخر الدین و ظاهر الغنیه و صریح الصیمری الإجماع علیه، و هو الحجه بعد الکتاب (۱)و المعتبر المستفیضه التی من کثیر منها یعلم اشتراط قبول شهادتهم بالضروره، و اختصاص هذا الحکم بأهل الذمه خاصه فیقید به حینئذ، و بالإجماع إطلاق الکتاب و ما شابهه من السنه.

نعم فی

خبر یحیی بن محمد(۲)عن الصادق (علیه السلام) «فإن لم تجدوا من أهل الکتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلی الله علیه و آله) سن فیهم سنه أهل الکتاب فی الجزیه»

و نحوه

المضمر(۳)قال: «اللذان منکم مسلمان، و اللذان من غیرکم من أهل الکتاب، فإن لم تجدوا من أهل الکتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال: سنوا بهم سنه أهل الکتاب، و ذلک إذا مات الرجل بأرض غربه فلم یجد مسلمین یشهدهما، فرجلان من أهل الکتاب»

إلا أنی لم أجد عاملا به من الأصحاب، فلا یصلح للخروج عما دل علی اعتبار العداله بالمعنی الأخص فی الشاهد.

اللهم إلا أن یدعی اندراجهم فی إطلاق الأصحاب، أهل الذمه و أهل الکتاب، بناء علی أنهم منهم، لکن الظاهر المنساق خلافه، فالمتجه عدم قبول شهادتهم، کما أن المتجه قصر الحکم فی خصوص المقام، اقتصارا فیما خالف المعلوم من قوانین الشرع و قواعده علی المتیقن، فما عساه یظهر من تعلیل قبول شهادتهم فی غیر واحد من نصوص المقام (۴)بأنه لا یصلح ذهاب حق أحد من التعمیم لا محیص من الخروج عنه، لما عرفت، بل قد یقال: بعدم قبول شهاده أهل الذمه حال عدم العلم بتحقیق الضروره التی هی شرط ذلک، لظاهر جمله من النصوص و الفتاوی و اقتصارا علی المتیقن فیما خالف الأصل، و الشک فی الشرط شک فی المشروط.

اللهم إلا أن یقال: إن المراد مما فی النص و الفتوی بیان المانعیه، و إن برز بصوره الشرط،

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱۰۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۶- و ذیله.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۶- و ذیله.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الوصایا.

و إلا بطلت فائده مشروعیه هذا الحکم غالبا المستفاده من النصوص أیضا ضروره ندره معرفه الاضطرار للموصی علی وجه یعلم به ذلک شرعا فیتجه حینئذ القول بقبول شهادتهم ما لم یعلم التمکن من غیرهم، بل لعله هو مقتضی إطلاق الآیه(۱)و بعض النصوص أیضا، و هو قوی متین.

و علی کل حال، فالظاهر أن التمکن من المسلمین الفاسقین و لو بغیر الجنایه- و الکذب کعدمه، لعدم قبول شهادتهم، و لو فی حال الاضطرار، و القیاس علی ما ثبت من قبول أهل الذمه محرم، لعدم إحاطه العقل بمصالح ذلک و مفاسده، بل و لا المجهولین أیضا بل و لا العدل الواحد و إن أمکن التوصی به إلی إثبات الحق مع الیمین من الموصی له إلا أنه لم یعلم إمکانها منه، لاحتمال عدم علمه، بل و مع علمه، لإمکان تحاشیه بل و إن لم یتحاش.

لکن ظاهر النصوص تحقق الضروره بفقد العدلین، بل الظاهر تحققها و ان تمکن من النساء الثلاثه التی یثبت بها ثلاثه أرباع الموصی به، فضلا علی الاثنین و الواحده لظهور النصوص فی أن المدار فی قبولها علی عدم التمکن مما یثبت به تمام المطلوب من المسلمین، و هو متحقق فی الفرض فلا یقال: أنه مضطر فی مقدار الربع خاصه، کما أنه لا یقال: أنه متمکن بالمرأه الواحده.

باعتبار تمکنه من اشهادها علی ما یزید علی مطلوبه بثلاثه أرباع، و هکذا فی الاثنتین، فإن مثله لا یعد تمکنا کما لا یخفی علی من تأمل النصوص و الظاهر أنه لا یجوز للمرأه العالمه بقدر الموصی به، و أنه لا شریک لها فی الشهاده تضعیف المشهور به علی وجه یصلح للموصی له، مقدار ما أوصی به له، للکذب المحرم الذی مثل ذلک لا یعد مصلحه لتسویغه، لعدم الظلم بمنع ما لم یثبت شرعا کونه له، و إن کان فی الواقع أنه له.

ثم إن الظاهر اعتبار العداله فی أهل الذمه فی دینهم، وفاقا لصریح جماعه و ظاهر آخرین، اقتصارا علی المتیقن و للتصریح به

فی خبر حمزه بن حمران (۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «سألته عن قول الله عز و جل «ذَوا عَدْلٍ» الی آخر الآیه قال: اللذان منکم مسلمان،

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱۰۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۷.

و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إنما ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه و طلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما»

بل هو ظاهر غيره أيضا بل لعله الظاهر من قوله تعالى «أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» بعد تقدم اعتبارها فى الشاهدين منا، فيكون المراد

ثبوتها بالعدلين منا أو من غيرنا، و أما اعتبار حلفهما مطلقا، أو بعد صلاه العصر بالكيفيه الموجوده فى الآيه مطلقا، أو مع الريبه فيهم كما فى الآيه أيضا فهو محتمل، بل حكى عن العلامه بل ظاهر الكركى و غيره القول به، فى صوره الريبه للآيه و بعض النصوص المفسره لها الظاهر فى كون الحكم ما فيها،

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر يحيى بن محمد(۱)متصلا بما سمعته سابقا من صدره، و ذلك «إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله تعالى «لا نَشْتَرِى» إلى آخر الآيه قال: و ذلك إن ارتاب ولى الميت فى شهادتهما، فإن عثر على أنهما شهدا بالباطل، فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجى ء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الأولين، فَيُقْسِمانِ بِاللَّهِ لَشَهادَتُنا أَحَقُّ مِنْ شَهادَتِهِما، وَ مَا اعْتَدَيْنا إِنَّا إِذاً لَمِنَ الظَّالِمِينَ فإذا فعل ذلك نقض شهاده الأولين و جازت شهاده الآخرين يقول الله تعالى (۲)«ذلِكَ أَدْنى »»

إلى آخر الآيه، لكن قد يقوى فى النظر خلافه لإطلاق جمله من النصوص معتضدا بخلو فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره، فلا بد من ارتكاب النسخ الذى لا وجه

للقول بعدم صلاحيه مثل ذلك له، ضروره كونه كالتخصيص أو الندب احتياطا فى الأمر و استظهارا، و إن كان لم يذكره المعظم أيضا، و منه يعلم قوه احتمال الأول.

و لكن الاحتياط مع إمكانه لا ينبغى تركه، بل ينبغى أن يكون حلفهما بما فى الآيه، و بعد صلاه العصر الذى هو محل اجتماع الناس، كما فعله رسول الله (صلى الله عليه و آله) على ما فى الخبر(۳)و يقوى أيضا عدم اعتبار السفر فى قبولها أيضا، وفاقا للأكثر، بل فى ظاهر المتن فى باب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

۲- ۲ سوره المائده الآيه ۱۰۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

الشهاده الإجماع علیه، بل فی الریاض لم أجد فیه مخالفا إلا نادرا، و إن تضمنته الآیه، إلا أنه خارج مخرج الغالب، فلا یصلح لتقیید ما دل علی قبولها فی السفر الحضر من النصوص حینئذ کما هو واضح.

و علی کل حال فقد ظهر لک عن ذلک کله قبول شهاده أهل الذمه فی الجمله لکن قوله تعالی (۱)«فَإِنْ عُثِرَ» إلی آخر الآیه قد تضمن حکما لم یتعرض له أکثر الأصحاب و لا تصدوا له، و لم ینصوا علی النسخ، و لا علی عدمه، مع أن النص قد تعرضت له أیضا فإن فی

خبر یحیی بن محمد(۲)عن الصادق (علیه السلام) بعد أن ذکر شهاده الذمیین و حلفهما قال (علیه السلام): «فان عثر علی أنهما شهدا

بالباطل فلیس له أن ینقض شهادتهما حتی یجی ء شاهدان یقومان مقام الشاهدین فَیُقْسِمانِ بِاللّٰهِ لَشَهادَتُنا أَحَقُ إلی آخر الآیه فإذا فعلی ذلک نقض شهاده الأولین و جازت شهاده الآخرین یقول الله عز و جل «ذٰلِکَ أَدْنیٰ أَنْ یَأْتُوا بِالشَّهادَهِ» إلی آخره.

و فی مرسل علی بن إبراهیم (۳)«قال: خرج تمیم الداری و ابن بندی و ابن أبی ماریه فی سفر و کان تمیم الداری مسلما و ابن بندی و ابن أبی ماریه نصرانیین، و کان مع تمیم الداری خرج له فیه متاع و آنیه منقوشه بالذهب و قلاده و أخرجها إلی بعض أسواق العرب للبیع فاعتل تمیم الداری عله شدیده فلما حضره الموت دفع ما کان معه إلی ابن بندی و ابن أبی ماریه أن یوصلاه إلی ورثته فقدما إلی المدینه و قد أخذا من المتاع الآنیه و القلاده و أوصلا سائر ذلک إلی الورثه فافتقد القوم الآنیه و القلاده فقالوا لهما هل مرض صاحبنا مرضا طویلا أنفق فیه نفقه کثیره؟ قالا:

لا، ما مرض إلا أیاما قلائل، قالوا: فهل سرق منه فی سفره هذا؟ قالا: لا قالوا: فهل اتجر تجاره خسر فیها؟ قالا: لا، قالوا: فقدنا أفضل شی ء کان معه: آنیه منقوشه بالذهب مکلله بالجوهر، و قلاده. فقالا: ما دفع إلینا فقد أدیناه إلیکم فقدموهما إلی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فأوجب علیهما الیمین، فحلفا فخلا عنهما، ثم ظهرت تلک الآنیه و القلاده علیهما، فجاء أولیاء

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱۰۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

تميم إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقالوا: قد ظهر على ابن بندى و ابن أبى ماريه ما ادعيناه فانتظر رسول الله (صلى الله عليه و آله) الحكم من الله فى ذلك، فأنزل الله تبارك و تعالى «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» إلى آخر الآيه، فهذه الشهاده الأولى التى جعلها رسول الله (صلى الله عليه و آله) «فَإِنْ عُثِرَ عَلى أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْماً» أى أنهما حلفا على كذب «فَآخَرانِ يَقُومانِ مَقامَهُما»، يعنى من أولياء المدعى من الذين استحق عليهم، و فيقسمان بالله، أى يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما فإنهما قد كذبا فيما حلفا بِاللَّهِ لَشَهادَتُنا أَحَقُّ إلى آخره فأمر رسول الله (صلى الله عليه و آله) أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على أمرهم، فحلفوا فأخذ رسول الله (صلى الله عليه و آله) القلاده و الآنيه من ابن بندى و ابن أبى ماريه و ردهما على أولياء تميم الدارى،»

و هو و إن كان مضمونه غير الأول، ضروره صراحته فى حلف أولياء تميم بمجرد دعواهم، إلا أنه على كل حال مخالف للضوابط و القواعد.

نعم فى غير هذا الخبر أن النصرانيين قد ادعى شراءه عن تميم، و أنكرهما الورثه، و لعل هذا الوجه فى تحليف الوليين، و يمكن أن يكون الإرث منحصرا فيهما و لذلك حلفا إلا أن ذلك كله أجنبى عن ظاهر الآيه، كما ان هذا الخبر الذى هو السبب فى نزول الآيه أجنبى عما عند الأصحاب من قبول شهاده أهل الذمه فى الوصيه لعدم تضمنه شيئا من ذلك.

و على كل حال فالعمل على ظاهر الآيه ما لم يثبت نسخها، و قد أطنب فى مجمع البيان فى تفسيرها و إعرابها و قراءتها حتى حكى عن الزجاج من ثم «فَإِنْ عُثِرَ» إلى آخر الآيه أصعب آيه فى القرآن إعرابا خصوصا على قراءه فاستحق بالبناء للفاعل، و ليس المقام مقام تحرير ذلك فراجع و تأمل، و ان كان الأظهر جعل الأوليان خبر مبتدأ محذوف أى هما الأوليان، بمعنى هما اللذان بقومان و يحلفان من بين الذين استحق عليهم أى الورثه أو استحق الموصى له عليهم على قراءه البناء للفاعل.

و لو شهد عدل و ذمى فالأقرب وجوب اليمين حينئذ كما فى القواعد و لعله لعدم تمام الحجه بهما. و إن كان العدل أولى من الذمى، لكنه خارج من مفروض المشروعيه و لا عبره بمثل الأولويه المزبوره بل هى فى الحقيقه قسم من الاستحسان، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف فى أنه تقبل فى الوصيه بالمال شهاده العدل

ال واحـد مع اليمين بل و لا إشـكال لإطلاق دليله، بل يمكن تحصـيل الإجماع من الخاصه عليه فما فى نافع المصـنف من التردد فى ذلـك فى غير محله أو شاهـد عـدل ذكروا مرأتين ثقتين، بلا خلاف و لا إشـكال، لإطلاق ما دل على ذلك الشامل لما نحن فيه بـل هو أخف و لـذلك اختص بـأنه تقبـل فيه شـهاده الـامرأه الواحـده العادله لكن فى ربع ما شـهدت به، و شـهاده اثنتين فى النصف و شـهاده الثلاـث فى ثلاـثه الأربـاع و أمـا شـهاده الأـربع فى الجميع فهو مشترك بين المقـام و غيره، من الأموال من غير خلاف فى شى ء من ذلك أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلا عن محكيه و الأصل فيه المعتبره المستفيضه منها

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر ربعى (۱)«فى شـهاده امرأه حضـرت رجلا يوصى ليس معها رجل فقال: يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها»

و منها

قول أبى جعفر (عليه السـلام)(۲)«قضـى أمير المؤمنين (عليه السـلام) فى وصـيه لم يشـهدها إلاـ امرأه أن تجوز شـهادتها فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها»

و لا يعارضها

خبر عبد الرحمن (۳)سألت أبا عبد الله (عليه السـلام) عن المرأه يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأه تجوز شهادتها قال تجوز شهاده النساء فى العذره و المنفوس، و قال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجل»

و مضمر عبد الله (۴)«سألته عن امرأه حضرها الموت و ليس عندها إلا امرأه أ تجوز

شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا فى المنفوس و العذره»

ومكـاتبه أحمـد بـن هلاـل إلى أبى الحسـن (عليه السـلام) «امرأه شـهدت على وصـيه رجـل لم يشـهدها غيرهـا و فى الـورثه من يصدقها، و منهم من يتهمها فكتب: لا، إلا أن يكون رجل و امرأتان، و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها»

لقصورهـا عن المقـاومه من وجوه، فلا بأس بطرحها، أو حملها على إراده عـدم نفوذها فى الجميع، و الأول منها على إراده قبولها فيما هو أعظم من الوصيه، و الثانى على الاستفهام الإنكارى و نحو ذلك.

نعم الظاهر قصر الحكم على مورد النص فلا يتعدى منه إلى غيره، كقبول شهاده الرجل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۷.

الواحد فی النصف باعتبار کونه بمنزله شهاده امرأتین و إن احتمل، لکنه فی غیر محله، بل قد یقال: بعدم ثبوت الربع به فضلا عن النصف، و إن اختاره الفاضل و اثنی الشهیدین و غیرهما، لابتناء الحکم علی مصالح یقصر العقل عن إدراکها.

و من ذلک یعلم أن الخنثی المشکل لا یثبت بشهادتها وحدها شی ء لعدم العلم بکونها امرأه، و أما الخنثیان فیثبت الربع فقط، و الثلاثه ثلاثه أرباع، و الأربعه تمام المشهود علیه کما هو واضح بأدنی تأمل.

ثم ان مقتضی إطلاق النص و الفتوی عدم توقف قبول شهادتهن فیما عرفت علی الیمین خلافا للمحکی عن التذکره فقال: بتوقفه علیه کذلک، کما فی شهاده الرجل الواحد، و فیه أنه لا دلیل هنا علی اعتبار الیمین، بل ظاهر الأدله خلافه، کما عرفت علی أن الیمین مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجمیع، فلا یلزم مثله فی البعض، و التزامه فیما إذا انضم إلی شهاده الاثنین أو الثلاثه باعتبار قیامهما مقام الرجل بخلاف الواحده، یدفعه أن مقتضی النصوص النصف فی الأول، و ثلاثه الأرباع فی الثانی، بمجرد الشهاده، و وجود الیمن مع عدم اعتبار الشارع لها بمنزله العدم و قیام الاثنین مقام الرجل فی بعض الموارد، لا یستلزم قیاس ما نحن فیه علیه، حتی أنه یخرج عن مقتضی ظواهر النصوص بذلک، و کذا لا یشترط فی قبول شهادتهن هنا فقد الرجال للإطلاق خلافا للمحکی عن الإسکافی و الطوسی فاشترطاه، و لا ریب فی ضعفه.

نعم لا یعتبر فی شهادتهن غیر العداله، فلا تجزی شهاده الفاسقه و لا الذمیه، و لو فی مقام تقبل فیه شهاده ذکورهم، إذا فرض عدمهم، اقتصارا فیما خالف الضوابط علی المتیقن، و هو ذکور أهل الذمه دون نسائهم، و لو مع فقد ذکورهم، و ذکور المسلمین و نسائهم کما هو واضح، و الله العالم.

و کیف کان ف لا تثبت الوصیه بالولایه إلا بشاهدین مسلمین عادلین للأصل السالم عما یقتضی قطعه بغیر ذلک لعدم ثبوت حجیته، و حینئذ ف لا تقبل شهاده النساء فی ذلک منفردا بل فی المسالک و محکی غیرها نفی الخلاف فیه، لأنها لیس وصیه بمال، بل هی تسلط علی تصرف فیه و لیس مما یخفی علی

الرجال غالبا، و ذلک ضابط محل قبول شهادتهن منفردات نصا و فتوی.

قلت: کما أن ضابط قبولهن منضمات کون المشهود علیه مالا لا ولایه.

لکن قد یناقش بأنها قد تتضمن المال، کما إذا أراد الوصی أخذ الأجره و الأکل بالمعروف بشرط، و بأن الولایه و إن لم تکن مالا لکنها متعلقه به، کبیعه و إجارته و إعارته، و نحو ذلک، و من ذلک یتجه القول بالقبول، لعموم ما دل علی قبول خبر العدل الشامل للذکر و الأنثی، و لو بقاعده الاشتراک.

اللهم إلا أن یقوم إجماع هنا بالخصوص علی عدم ثبوت ذلک بشهادتهن منفردات و منضمات، کما هی عساه یشعر به فی الجمله نفی الخلاف المزبور مؤیدا بعدم العثور علی ما ینافیه، و بتقریر من تأخر عنه علیه علی وجه یظهر منه الاعتراف به.

و علی کل حال ف هل تقبل فیها شهاده العدل الواحد مع الیمین؟ فیه تردد (أظهره المنع) عند المصنف خاصه فی الکتاب خاصه ینشأ مما عرفت لکن فی المسالک قد قطع الأصحاب بالمنع من غیر نقل خلاف فی المسأله، و لا تردد، و لذا وافقهم المصنف فی مختصر الکتاب علی القطع، بل فی الریاض أن النصوص کالاتفاق المحکی فی المسالک و غیرها متفقه الدلاله علی انحصار قبولهما فی الحقوق المالیه.

قلت: بل لعل الأصل أیضا یقتضی عدم ثبوتها بعد قیام الأدله علی اعتبار التعدد فی الشهاده، و قیام الیمین مقام الواحد غیر ثابت فی المقام فتأمل جیدا.

فإنه قد أشبعنا الکلام فی المسأله فی کتاب القضاء و الشهادات، و منه یعلم قوه القول بالاکتفاء به بل و المرأتین و الیمین فضلا عنهما مع الرجل فلاحظ و تأمل.

و أما شهاده أهل الذمه فقد یقال: ان مقتضی إطلاق الآیه و الروایه قبولها فیها أیضا بالشرط المزبور، و لعله لذا و لأصاله عدم القبول نظر الفاضل فیها فی القواعد لکن قال: أقربه العدم، و لعله کذلک اقتصارا فیما خالف الضوابط الشرعیه علی المتیقن، و لا إطلاق فی الأدله بحیث

تطمئن به النفس علی قبولها فی ذلک بعد اقتصار المعظم علی المال فلاحظ و تأمل. و الله العالم.

و لو أشهد إنسان عبدین له، علی حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعتقا و شهدا بذلک بعد العتق قبلت شهادتهما و إن لم نقل بقبول شهاده العبد.

ل

لصحیح (۱)«فی رجل مات و ترک جاریه و مملوکین فورثهما أخ له فأعتق العبدین، ولدت الجاریه غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاهما کان أشهد هما أنه کان یقع علی الجاریه، و أن الحبل منه، قال: تجوز شهادتهما و یردان عبدین کما کانا».

والموثق (۲)«عن رجل کان فی سفر و معه جاریه له، و غلامان مملوکان فقال لهما: أنتما حران لوجه الله، و أشهد أن ما فی بطن جاریتی هذه منی، فولدت غلاما، فلما قدموا علی الورثه أنکروا ذلک، و استرقوهم، ثم أن الغلامین أعتقا بعد ذلک، فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما الأول أشهد هما علی أن ما فی بطن جاریته منه قال: یجوز شهادتهما للغلام، و لا یسترقهما الغلام الذی شهدا له لأنهما أثبتا نسبه».

مضافا إلی نفی الخلاف فیه، و فی الریاض مع الإیصاء بالشهاده، بل فی المسالک أن علیه أصحابنا، بل و مع عدم الإیصاء خلافا للطوسی فخصها بالأول، و لا وجه له سوی دعوی أن أمر الوصیه أخف من غیره، و لذا قبلت فیه شهاده أهل الذمه، و هو کما تری، و إلی ما تعرفه فی محله من قبول شهاده العبد مطلقا.

و علی کل حال اتفاقهم ظاهرا علی الحکم هنا، و خلافهم فی قبول شهاده العبد علی أقوال متعدده، إما أن یکون للخبرین المزبورین المعتضدین بما عرفت، أو لأنهما حران فی ظاهر الشرع، و فی حق الورثه الذین شهدوا علیهم، و إن استلزم ذلک رقیتهما لغیرهم أخذا بإقرارهما، أو لعدم بینه علی دعویهما العتق

من سید هما الأصلی، و لا تنافی بین الأمرین، بعد أن کانا من الأحکام الظاهریه التی یمکن العمل بکل منهما نحو الصید الواقع فی الماء، فإنه یحکم بمیتته و طهاره الماء، عملا بکلا الأصلین و لیس ما نحن فیه مما یستلزم من وجوده

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

عدمه، لأن ذلک إنما هو فی الأحکام الواقعیه دون الظاهریه، فإن الأصحاب فی غیر مقام یجرون کلا من الأصلین علی مقتضی سببه الظاهر و إن تنافیا فی الواقع من غیر فرق بین اتحاد الموضوع و تعدده.

و من ذلک یظهر لک ما فی المسالک حیث أنه بعد أن ذکر الصحیح المزبور قال: و هو مبنی إما علی قبول شهاده العبد مطلقا أو علی مولاه، لأنهما بشهادتهما للولد صارا رقا له، لتبین ان معتقهما لم یکن وارثا أو علی أن المعتبر حریتهما حال الشهاده و إن ظهر خلافها بعد ذلک أو علی أن الشهاده للمولی لا علیه، فتقبل کما هو أحد الأقوال فی المسأله.

و کیف کان فقد قیل: أنه لا یسترقهما المولود بمعنی أنه یحرم علیه ذلک عملا بظاهر النهی فی الموثق و قیل: یکره، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده المؤیده بظاهر الصحیح الأول، و إن کان یمکن أن یقال: أنه لا تعارض بینهما باعتبار ظهور الأول فی رجوعها مملوکین، و الثانی فی أنه یحرم علیه استرقاقهما و هما غیر متنافیین.

لکن الإنصاف أن الأول ظاهر فی جواز بقائهما فینا فی الحرمه فی الثانی و من هنا حمل النهی علی الکراهه، خصوصا بعد التعلیل المزبور المشعر بها بل الظاهر فلا ریب أن القول بها هو الأقوی، و الله هو العالم.

و لا تقبل شهاده الوصی فیما هو وصی فیه، و لا ما یجربه نفعا، أو یستفید منه ولایه علی المشهور بین الأصحاب بل الظاهر عدم الخلاف کما اعترف به غیر واحد إلا من الإسکافی فجوز شهاده الوصی للیتیم فی حجره، و إن کان هو المخاصم للطفل، و لم یکن بینه و بین المشهود علیه ما یفسد شهادته من عداوه و نحوها، و مال الیه المقداد، بل و کذا ثانی الشهیدین، لکن قال: ان العمل علی المشهور، بل فی الریاض بعد أن نقل ذلک قال: و هو حسن، أن بلغ الشهره الإجماع کما هو الظاهر منه و الا فمختار الإسکافی لعله أجود، لبعد التهمه من العدل، حیث أنه لیس بما لک، و لم یکن أجره علی عمله فی کثیر من الموارد.

و مضافا إلی

المکاتبه الصحیحه الصریحه المرویه فی الفقیه (۱)فی باب شهاده الوصی

۱- ۱ الفقیه ج ۳ ص ۴۳ الرقم ۱۴۷.

للميت، و عليه دين، و فيها «و كتب إليه أ يجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيرا أو

كبيرا بحق له على الميت، أو على غيره و هو القابض للوارث الصغير، و ليس للكبير بقابض؟

فوقع (عليه السلام): نعم، و ينبغى للوصى أن شهد بالحق، و لا يكتم شهادته»

و ظاهر الصدوق العمل بها.

و فيه: أن المانع فيه و فى نظائره أنه يرجع إلى كونه مدعيا باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به، فهو كشهاده المرتهن على المال المرهون أنه ملك للراهن مثلا، و كشهاده الشريك لشريكه و غرماء المفلس بمال له، بل لعل منه غرماء الميت أيضا مع قصور التركه بل و مع عدمه فى وجه، و نحو ذلك مما يرجع إلى تعلق حق للمدعى، فعدم قبول شهادته حينئذ لذلك، و حينئذ مدخليه لبعده عن التهمه بالعداله، كما أن ما ذكرناه حاصل، و إن لم يكن له أجره، و أما المكاتبه فمع اعراض المعظم عنها، و إمكان حملها على شهادته على ما لا حق له فيه من مال الكبير و نحوه، قاصره عن معارضه ما يقتضى خلافها، على أنها مشتمله على كتابته إليه أيضا أنه هل تقبل شهاده الوصى للميت بدين له على رجل آخر مع شاهد آخر عدل

فوقع (عليه السلام) «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين»

إذ لا يخفى أن يمين المدعى مع العدل الواحد كاف فى مثله، فلا يحتاج حينئذ إلى شهادته، فاعتبار اليمين معها كنايه عن عدم قبولها.

نعم لا خلاف كما اعترف به غير واحد، بل و لا إشكال فى قبول شهاده الوصى فيما لم يكن وصيا فيه، لعموم ما دل على قبول شهاده العدل، و من ذلك شهادته على الميت بدين، و لا ينافى ذلك ما فى المكاتبه المزبوره، من أنه كتب إليه أيضا أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقع (عليه السلام): «نعم من بعد يمين» فان اعتبار اليمين هنا لا ينافى قبول شهادته، لكون الدعوى على الميت، فاعتبارها للاستظهار، كما لو كان الشاهد غيره، و هو واضح، و قد ظهر لك من ذلك كله أن الشهاده متى ما جرت نفعا لم تقبل، لكن على معنى رجوع الشاهد إلى كونه مدعيا، و لو باعتبار تعلق حق له فيما شهد عليه، فإن هذا القدر هو المسلم من هذه الكليه، و إن كان فى كلمات الأصحاب أمثله لها تقتضى الزياده على ذلك، إلا أن إقامه الدليل بحيث يصلح للخروج عما دل على قبول شهاده العدل صعب، كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم فى هذا المقام، و إن كان ربما ذكر لذلك بعض التعليلات الاعتباريه التى لا

تصلح مدركا للأحكام الشرعيه، و الرجاء من الله تعالى ان يأتى زياده تحقيق لذلك فى محله فإنه قد أشبعنا الكلام فيها فى كتاب الشهادات فلا حظ و تأمل فإنه ربما كان بعض الاختلاف بين المقامين.

و على كل حال فمقتضى ما ذكرناه أنه لو كان وصيا فى إخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل لما فيها من إثبات حق له، اللهم إلا أن يفرض على وجه لا يكون له حق أصلا، فإنه يتجه القبول حينئذ، و قد يقال: ان مجرد وصايته على إخراج المال المعين لغيره ليس حقا يمنع من قبول شهادته.

نعم لو كان المال عائدا له، اتجه عدم القبول حينئذ لما ذكرناه فتأمل جيدا.

[مسائل أربع]

اشاره

مسائل أربع

[المسأله الأولى إذا أوصى بعتق عبيده و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه]

الأولى: إذا أعتق فى مرض الموت أو أوصى بعتق عبيده و ليس له سواهم و لم يجز الورثه أعتق ثلثهم بناء على الأصح، من كون المنجزات من الثلث بالقرعه بتعديلهم أثلاثا بالقيمه و عتق ما أخرجته القرعه بلا خلاف أجده

للمرسل (۱)عن النبى (صلى الله عليه و آله) «فى سته عبيد اعتقهم مولاهم عند موته و لم يكن غيرهم فجزاهم أثلاثا ثم أقرع بينهم»

و الصحيح (۲)عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم، فقال: كان على (عليه السلام) يسهم بينهم»

و الخبر الذى رواه المشايخ الثلاثه(۳)عم موسى بن جعفر (عليه السلام) «قال: إن أبى ترك ستين مملوكا و عتق ثلثهم فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين فأعتقتهم»

و لو استلزم التعديل التجزئه فى العبد أعتق ذلك الجزء و السعى فى الباقى، و إنما لا يعتق ثلث كل واحد منهم مع أن كل واحد منهم بمنزله الموصى له، و قد عرفت أيضا فيما تقدم أن الوصايا إذا وقعت دفعه قسط عليها الثلث بالنسبه، لما سمعته من فعل النبى (صلى الله عليه و آله) ذلك، و غيره، و إن كان هو فى المنجز إلا أن الإجماع بحسب الظاهر على عدم الفرق بينه و بين الوصيه هنا، مضافا إلى الصحيح عن على (عليه السلام). بل يمكن أن يكون منها

١- ١ المستدرك ج ٢ ص ٥٢١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٦٥- من أبواب العتق الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٦٥- من أبواب العتق الحديث- ٢.

خبر موسی بن جعفر (علیه السلام)، سیما بعد قوله فأعتقهم، و لاستلزام عتق الکل الإضرار بالورثه، و لو رتبهم فی الإعتاق أو الوصیه به أعتق الأولی حتی یستوفی الثلث، و تبطل الوصیه أو التنجیز فیمن بقی إذا لم یجز الوارث بلا خلاف أجده، کما اعترف به فی الریاض للأصل المتقدم، و خصوص

النص (۱)«فی رجل أوصی عند موته أعتق فلانا و فلانا و فلانا و فلانا و فلانا فنظرت فی ثلثه فلم یبلغ أثمان قیمه الممالیک الخمسه الذین أمر بعتقهم قال: ینظر إلی الذین سماهم و بدء بعتقهم، فیقومون، و ینظرون إلی ثلثه فیعتق معه أول شی ء ثم الثانی ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث کان فی الذی سمی أخیرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک، فلا یجوز له ذلک.»

و لو أوصی بعتق عدد مخصوص من عبیده، استخرج ذلک العدد بالقرعه لأنها العدل بین العبید الذین قد تعلق لکل منهم حق بالوصیه، و لا طریق لتمییزه إلا القرعه و قیل: یجوز للورثه أن یتخیروا بقدر ذلک العدد، و القرعه علی الاستحباب حینئذ و هو حسن بل فی المسالک أنه أقوی لأنها لکل أمر مشکل، و لا إشکال بعد فرض کون الموصی به من المتواطئ الذی قد عرفت الخیار فیه للوارث.

[المسأله الثانیه لو أعتق مملوکه عند الوفاه منجزا و لیس له سواه قیل عتق کله]

الثانیه: لو أعتق مملوکه عند الوفاه منجزا و لیس له سواه و لم یجز الوارث قیل: عتق کله بناء علی أن المنجز من الأصل و قیل: ینعتق ثلثه و حینئذ ف یسعی للورثه فی ال باقی (۱۱) من قیمته و هو أشهر (۱۲) و أقوی کما عرفته فی الحجر و تعرفه هنا فی محله إن شاء الله تعالی و لو أعتق ثلثه (۱۳) عند الوفاه یسعی فی باقیه (۱۴) فیدفع جمیع ما یکتسبه فاضلا عن مؤنته بعد ذلک فی فک باقیه، لا بنصیب الحریه خاصه، لکونه حینئذ کالمکاتب الذی تحرر بعضه و لو کان له (۱۵) أی المعتق مال غیره (۱۶) أی العبد أعتق الباقی من ثلث ترکته (۱۷) للسرایه التی هو سببها، و بذلک کان المنجز، الذی قد عرفت أن الأصح خروجه من الثلث، مع احتمال کون ذلک من الأصل، و إن قلنا: بکون المنجز منه، لا من الأصل باعتبار أن العتق بالسرایه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ع- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

قهری، فیکون من الأصل إذ لیس هو من التبرعات و إن کان الأول أقوی.

[المسأله الثالثه لو أوصی بعتق رقبه مؤمنه وجب]

الثالثه: لو أوصی بعتق رقبه و أطلق و لم یکن، ثمه قرینه أجزء الصغیر.

و الکبیر، و الذکر و الأنثی و الخنثی للإطلاق، و

فی خبر الحضرمی (۱)قلت له أی لأبی عبد الله (علیه السلام) «إن علقمه بن محمد وصانی أن أعتق عنه رقبه، فأعتقت عنه امرأه فیجزیه، أم أعتق عنه من مالی؟ قال: قال: تجزیه، ثم قال لی: ان فاطمه أم ابنی أوصت أن أعتق عنها رقبه فأعتقت عنها امرأه».

و لو قال مؤمنه وجب امتثال ما أوصی به بلا خلاف و لا إشکال، للنهی عن تبدیلها الذی یکون ترک امتثال ما أوصی به، أو أولی بالنهی، و المراد بالإیمان عرفا الاعتقاد بإمامه الاثنی عشر، و قد یطلق علی غیر ذلک، إلا أن المنساق عرفا الآن ذلک خصوصا إذا کانت الوصیه من أحدهم.

نعم الظاهر إلحاق مستضعف هذه الفرقه بهم فی الأحکام، فإن لم یجد أعتق من لا یعرف بنصب کما عن الشیخ بل فی الریاض عن ظاهر التنقیح و صریح غیره عدم الخلاف فیه، ل

خبر علی بن أبی حمزه(۲)المنجز ضعفه بالشهره المحکیه فی الروضه، و عن غیرها قال: «سألت

أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل أوصی بثلاثین دینارا یعتق بها رجل من أصحابنا، فلم یوجد بذلک قال: یشتری من الناس فیعتق»

و هو و إن کان خالیا من التقیید بعدم النصب إلا أنه معلوم من الخارج کفر الناصب، و عدم جواز عتقه.

و منه یعلم عدم الفرق بین النصب و غیره مما یوجب الکفر فی فرق المسلمین، و لعل التقیید به لکثرته فی المخالفین، و التصریح به

فی خبره الآخر(۳)«سألت عبدا صالحا عن رجل هلک، فأوصی بعتق نسمه مسلمه بثلاثین دینارا فلم یوجد الذی سمی قال: ما أری لهم أن یزیدوا علی الذی سمی، قلت: فإن لم یجدوا قال: فلیشتروا من عرض الناس ما لم یکن ناصبا»

و هما و إن کانا فیمن لم یجد بما أوصی به الموصی، و هو غیر مفروض المتن إلا أن الظاهر عدم الفرق، بل ما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

فی المتن أولی بهذا الحکم من ذلک و المناقشه بضعف السند بعد التسلیم مدفوعه بما عرفت من الانجبار بما سمعت.

فما عن ابن إدریس- من عدم الاجتزاء بذلک، و عن ابن البراج- أنه احتاط به، بل اختاره ثانی المحققین و الشهیدین لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و نحوه فیتوقع المکنه حینئذ، فمع الیأس

یکون حکمه حکم ما لو تعذر صرف الموصی به فیما أوصی به.

واضح الضعف بل هو من الاجتهاد فی مقابله النص، و قد عرفت المراد بالناصب فی کتاب الطهاره.

و کیف کان ف لو ظنها مؤمنه لأخبارها، أو لاخبار من یعتد به، أو لإظهارها الإیمان أو نحو ذلک من الطرق الشرعیه فأعتقها ثم بانت بخلاف ذلک أجزأت عن الموصی بلا خلاف أجده کما فی الریاض لقاعده الأجزاء فی نحوه، مما کان المرء متعبدا فیه بظنه.

و

للصحیح (۱)«عن رجل أوصی بنسمه مؤمنه عارفه، فلما أعتقناها بان أنها بغیر رشده فقال: قد أجزأت عنه، إنما مثل ذلک مثل رجل اشتری أضحیه علی أنها سمینه فوجدها مهزوله».

[المسأله الرابعه لو أوصی بعتق رقبه بثمن معین فلم یجد به لم یجب شراؤها]

الرابعه: لو أوصی بعتق رقبه بثمن معین فلم یجد به، لم یجب شراؤها بالزائد، لعدم المقتضی، حتی لو بذل له الوارث أو غیره، بل لو تمکن منه من ثلث المیت لم یجب أیضا، بل قد یشکل جواز ذلک له فضلا عن وجوبه، بعد کونه الموصی به.

نعم لو بذل صاحب الرقبه بأن رضی بالقدر المزبور عوضا لها، أمکن الوجوب حینئذ و هو خارج عن المفروض الذی قد عرفت أن حکمه ترک الشراء و توقع وجودها بما عین له فإن آیس

منه صرفه فی وجوه البر التی هی طریق إیصال مال المیت إلیه، إذ لا معنی لإرجاعه إلی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

الوارث بعد خروجه عنه بالوصيه، و تعذر إنفاذها بعد فرض كونها ممكنه فى حد ذاتها حال الوصيه لا يبطلها بحيث يرجع المال إلى الوارث و لعل الأولى اختيار شراء شقص له و عتقه عنه من وجوه البر، لكونه أقرب إلى الموصى به، و إن كان الأقوى عدم وجوب مراعاه مثل ذلك، و لو توقع فلم يجدها بذلك و لكن وجدها بأقل من الثمن الذى أوصى به اشتراها و أعتقها بلا خلاف أجده فيه، لقاعده عدم سقوط الميسور بالمعسور، و لا مكان دعوى كونه مرادا للموصى فى هذا الحال، و للخبر الآتى.

و إنما الكلام فى قول المصنف و غيره بل قيل: إنه لا خلاف فيه دفع إليها ما بقى الظاهر فى وجوب ذلك عليه، و أنه لا يجوز صرفه فى غيره من وجوه البر و لعله لأنه أقرب إلى الموصى به و ل

موثق سماعه(۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمه من ثلثه بخمسمائه درهم، فاشترى الوصى بأقل من خمسمائه درهم و فضلت فضله فما ترى فى الفضله؟ قال تدفع إلى النسمه من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت،»

المحمول على صوره تعذر الموصى به، و لو بقرينه حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، فلا يكون ترك الاستفصال فيه دليلا على العموم، و مع التسليم يخص بظاهر اتفاق الأصحاب على عدم الجواز إلا مع التعذر ترجيحا لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» عليه، و سماعه و إن كان واقفيا إلاـ أنه ثقه، فيكون الخبر من الموثق الذى قد فرغنا من إثبات حجيته فى الأصول، على أنه منجبر بالشهره، أو عدم الخلاف، و لعل فى قوله (عليه السلام) «قبل أن تعتق» إشاره إلى ما ذكرناه من قرب ذلك إلى الموصى به، باعتبار صيروره دفع بقيه المال إليها بمنزله شرائها بالثمن المعين. فتأمل جيدا.

[الفصل الرابع فى الموصى له]

الفصل الرابع: فى الموصى له و يشترط فيه الوجود حال الوصيه فلو كان معدوما لم تصح الوصيه له كما لو أوصى لميت، أو لمن ظن وجوده، فبأن ميتا عند الوصيه، و كذا لو أوصى لما تحمله المرأه فى الزمان المستقبل أو لمن يوجد من أولاد فلان بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

بل عن نهج الحق و التذكره الإجماع عليه، للأصل المقتصر فى تقييده بالمنساق من إطلاقات الوصيه فى الكتاب و السنه على الوصيه للموجود على أن المراد هنا الوصيه التى قد عرفت كونها تمليك عين أو منفعه، و المعدوم ليس له أهليه التملك و لا قابليته ضروره كون الملك من الصفات الوجوديه التى لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصور قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا مالك، و ما ثبت فى الوقف من صحته على المعدوم تبعا للموجود، إنما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سببا لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذ كالقبض أحد أجزاء العله التامه فى ثبوت الملك له، لا أنه مالك حال عدمه، و إلا كان وجوده كاشفا عن تحقق شركته مع الموجود من أول الأمر، و هو معلوم البطلان، و هذا شى ء لا مانع عقلا و لا نقلا من شرع الشارع كله، كما أنه شرعه لإثبات المل ء للموجود ما دام موجودا على وجه ينتقل عنه الملك بموته، و يتلقاه الآخر من الواقف، لا من الموقوف عليه، على خلاف قياس باقى أسباب الملك، و لو أن الشارع شرع الوصيه التمليكيه على هذا الوجه لم يكن بأس فى تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور، إلا أنه لم يثبت من الشارع ذلك فيها، بل الثابت خلافه، و أنها على قياس باقى أسباب الملك نحو الهبه و البيع و الصلح و نحوها كما لا يخفى من أدلتها، و لو سلم قابليه تحميل إطلاقاتها، ذلك، إلا أن الإجماع بقسميه على كون المراد منها الموجود، فما فى جامع المقاصد- من إشكال ما سمعته من الأصحاب بما مر فى الوقف من صلاحيه المعدوم للملك تبعا للموجود مع أن الوصيه أخف منه كما هو واضح لمن لا حظ أحكامهما- فى غير محله، لما سمعته من وضوح الفرق بين المقامين، و لا حاجه إلى تكلفه ثانى الشهيدين فى الفرق بينهما، و أطنب به مما لا يرجع إلى محصل فلا حظ و تأمل و التحقيق ما عرفت.

و لا يرد عليه أن المعدوم و لو كان غير قابل للتمليك، و الملك لم يكن قابلا للتملك مع أن الإجماع بقسميه على صحه الوصيه بالمعدوم عينا و منفعه و على جواز بيع الثمار و نحو ذلك مما هو من تملك المعدوم.

لأنها نقول- بعد الفرق بينهما بالإجماع و نحوه- أنه يمكن منع تحقق الملك فى ذلك كله حقيقه، بل أقصاه التأهل للملك، و الاستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل، و ملك المنفعه لمالك العين، فهو من ملك أن يملك، لا أنه ملك حقيقه، بل بالأسباب المزبوره

استحق أن یملک المعدوم بعد وجوده، لا أنه مالک للمعدوم حقیقه، و لو أنه ثبت فی الوصیه صلاحیتها لنحو ذلک فی الموصی له، کما ثبت صلاحیتها له فی الموصی به، لکنه لم یثبت، بل الثابت خلافه، کما عرفت بل الظاهر ذلک و ان اتفق وجوده حال موت الموصی، و لذا قیدنا الوجود فی المتن بحال الوصیه.

نعم هذا کله فی الوصیه التملیکیه، أنما الوصیه العهدیه التی لم یقصد الموصی إنشاء تملیک فیها، فلا أجد مانعا من صحتها للمعدوم، بمعنی أن یعهد المیت فی إعطاء شی ء أو وقفه أو نحو ذلک لمن یتولد من زید مثلا، و إطلاق اشتراط الأصحاب الموجود فی الموصی له منزل بقرینه تعلیلهم و غیره علی التملیکیه التی هی أحد العقود، کما سمعته سابقا و الله العالم.

و علی کل حال فلا خلاف بیننا فی أنه تصح الوصیه للأجنبی و الوارث بل الإجماع بقسمیه علیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر، مضافا إلی إطلاق الوصیه فی الکتاب و السنه و خصوصا آیه «کُتِبَ (۱)» إلی آخره و المعتبر المستفیضه علی جواز الوصیه للوارث.

منها

قول أبی جعفر (علیه السلام) فی الصحیح (۲)«الوصیه للوارث لا بأس بها».

و فی آخر(۳)«سأله محمد بن مسلم عن الوصیه للوارث فقال: یجوز».

وفی ثالث (۴)«فقال: یجوز، ثم تلا هذه «إِنْ تَرَکَ خَیْراً» إلی آخره»

إلی غیر ذلک.

فما عن العامه- من منع جوازها للوارث مطلقا، أو إذا لم یجز غیره من الورثه- واضح الفساد، کوضوح حمل ما ورد فی أخبارنا مما یوافق ذلک علی التقیه منهم.

نحو ما

عن تفسیر العیاشی من خبر أبی بصیر(۵)«عن أحدهما (علیه السلام) فی قوله تعالی «کُتِبَ»

إلی آخره قال: هی منسوخه، نسختها آیه الفرائض التی هی المواریث»

أو علی إراده نسخ الوجوب دون الاستحباب أو الجواز.

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۴.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٥.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

٥- ٥ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٥.

و

خبر القاسم بن سليمان (۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اعترف لوارث بدين فی مرضه؟ فقال: لا تجوز وصيته لوارث، و لا اعتراف له بدين»

المحتمل أيضا إراده نفی الوصيه بالزائد علی الثلث.

كما

فی النبوی (۲)المروی عن تحف العقول أنه قال (صلی الله عليه و آله)؟ فی خطبه الوداع: «أيها الناس إن الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث، و لا تجوز وصيه لوارث، بأكثر من الثلث».

و من الغريب ما

فی دعائم الإسلام (۳)، عن علی و أبی جعفر و أبی عبد الله صلوات الله عليهم «أنهم قالوا لا وصيه لوارث»

و هذا إجماع فيما علمناه، و لو جازت الوصيه للوارث لكان يعطی من الميراث أكثر مما سماه الله عز و جل له، و من أوصی لوارث فإنما استقل حق الله الذی جعل له، و خالف كتابه و من خالف كتابه عز و جل لم يجز فعله، و قد جائت روايه عن جعفر بن محمد (عليه السلام) دخلت من أجلها الشبهه علی بعض من انتحل قوله، و هی أنه سئل عن رجل أوصی لقرابته، فقال: يجوز ذلك لقول الله عز و جل «إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّهُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ» و الذی ذكرناه عنه و عن آبائه الطاهرين هو أثبت و هو إجماع المسلمين» إلی آخره.

و لكن لا غرو فإن الرجل المزبور جديد التشيع علی ما ذكر فی ترجمته و الله العالم.

و كذا تصح الوصيه للذمی، و لو كان أجنبيا، و قيل: لا يجوز مطلقا و لكن لم نعرف القائل و منهم من خص الجواز بذوی الأرحام و الأول أشبه بإطلاق الأدله و عمومها بل عن الخلاف نفی الخلاف فيه و فی الوصيه للحربی تردد و خلاف أظهره المنع فكان حاصل مختاره التفصيل بين الذمی و الحربی فالأول تجوز له الوصيه مطلقا و الثانی لا تجوز مطلقا و هو قول الشيخ فی الخلاف و ابن إدريس فی السرائر و هو أحد الأقوال فی المسأله و يدل عليه فی الأول- مضافا إلی نفی الخلاف المزبور- قوله تعالی (۴)«لا يَنْهاكُمُ إلی قوله أَنْ تَبَرُّوهُمْ » بناء علی أنها من البر، أو أولی بالجواز منه، و عموم الوصيه و إطلاقها، و ما دل علی وجوب إنفاذها و حرمه تبديلها، و أنها علی حسب ما أوصی به

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۴ و ۵ و ۲ و ۱۵ و ۱۲ و ۱۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۴ و ۵ و ۲ و ۱۵ و ۱۲ و ۱۴.

۳- ۳ المستدرك ج ۲ ص ۵۲۱.

۴- ۴ سوره الممتحنه الآیه ۸.

الموصی، و النصوص المستفیضه(۱)المشتمله علی إنفاذ الوصیه و لو کان الموصی له یهودیا أو نصرانیا، و غیر ذلک- و فی الثانی: أنها موده، و قد نهی الله عنها بقوله (۲)«لا تَجِدُ قَوْماً یُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْیَوْمِ الْآخِرِ یُوادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ، وَ لَوْ کانُوا آباءَهُمْ أَوْ أَبْناءَهُمْ» و منها یعلم عدم الفرق بین الأرحام و غیرهم إذا کانوا حربیین، و قوله تعالی (۳)«إِنَّما یَنْهاکُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِینَ قاتَلُوکُمْ إلی قوله أَنْ تَوَلَّوْهُمْ » مضافا إلی مفهوم الآیه السابقه، و ما عساه یشعر به الوصل فی تلک النصوص، باعتبار ظهوره فی أن أقصی أفراد الجواز الیهودی و النصرانی، و لو کان الحربی جائزا لکان أولی بالذکر، و لأن الحربی غیر قابل للملک، لأنه و ما معه ملک للمسلم، و لأنه لو صحت لوجب تنفیذها و هو مناف لما دل علی أخذ المال من الحربی.

لکن قد یناقش بمنع کون الوصیه التی هی عطیه بعد الموت مقابله للهبه التی هی عطیه حال الحیاه موده و تولیه و برا لأن الأغراض الداعیه إلی ذلک کثیره، فإنه یمکن أن یکون مکافأه و تألیفا لهم، و غیر ذلک مما لا یندرج سببه فی الآیتین اللتین یمکن دعوی کون المنساق منهما المنع من ذلک، من حیث المحاده لله، و القتال للمسلمین، و عدم

الرغبه فی الدین، لا من غیر هذه الحیثیه، و إلا لمنعت الهبه لهم، و لغیرهم، کل ذلک مع أنه یمکن منع اقتضاء ذلک عدم الفساد للعقد، و إن أثم بالموده التی تترتب علیها الوصیه و الهبه و لیس ذلک من الوصیه بالمحرم حتی لو قلنا بحرمه الإیصاء علیه و الوصل مثلا و الوصل المزبور إنما تضمن الیهود و النصرانی، و هو أهم من الذمی و الحربی، و دعوی انسیاق الأول منهما- و لذا یقابل بالحربی- محل منع، فإن غالب أهل الحرب سابقا و لاحقا النصاری و المقابله إنما هی بین الذمی و الحربی لا بین النصرانی مثلا و الحربی، بل لا یبعد دعوی ظهور العباره فی إراده بیان عدم فرد آخر أشر من ذلک، نحو

قوله (۴)فیمن ترک الحج «إن شاء یموت یهودیا أو نصرانیا»

فهو حینئذ دل علی التعمیم لا علی خلافه، مؤیدا ذلک بما دل علی صحه وصیه المجوسی للفقراء، و أنها تنصرف إلی فقراء نحلته.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۲ و ۳۵ من أبواب أحکام الوصایا.

۲- ۲ سوره المجادله الآیه- ۲۲.

۳- ۳ سوره الممتحنه الآیه- ۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب وجوب الحج و شرائطه الحدیث- ۱.

مع أنه مكلف بالفروع، و دعوى عـدم قابليه الحربى للملك واضـحه المنع، و إن ورد أنهم و مالهم فى ء للمسـلمين، بمعنى إباحه ذلك للمسلمين، لا أنهم تجرى أحكام المماليك حقيقه عليهم.

و المراد بتنفيذ الوصيه الحكم بكونها للموصى له فلا ينافى فى ثبوت استحقاق على

الموصى له بمقاصه و نحوها، و منه ما نحن فيه، إذا لا منافاه بين صيروره المال له بحسب الوصيه و بين جواز خذ المسلم له بعد ذلك.

و

خبر إبراهيم بن محمد(۱)«قال: كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن (عليه السـلام) يسأله عن يهودى مات، و أوصى لديانه بشى ء فكتب (عليه السلام) أوصله إلى و عرفنى لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله»

ک

خبر محمد بن عيسى (۲)قـال: «كتب على بن بلال إلى أبى الحسن على بن محمـد (عليه السـلام) يهودى مات و أوصـى لـديانه بشـى ء أقدر على أخذه هل يجوز أن آخذه فأدفعه إلى مواليك؟ أو أنفذه فيما أوصـى اليهودى فكتب (عليه السلام) أوصله إلى و عرفنيه لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله».

لا- صـراحه فيهما بالبطلان، بل و لا ظهور على أن المراد من الـديان أهل دينه و ملته، و عن الشـيخ حملها على إنفاذه فى الـدين، لأنه أعلم بكيفيه القسمه بينهم و وضعه مواضعه، و حينئذ يكون خارجا عما نحن فيه.

و مما عرفت يظهر لک قوه القول بالجواز مطلقا من غير فرق بين الحربى و غيره و القريب و غيره، و إن دل على الجواز فى الأول زياده على ما عرفت عموم ما دل على صله الأرحام، و برهم و إعطائهم، و الوصيه لهم من

الكتاب و السنه، حتى قوله تعالى (۳)«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّهُ لِلْوالِدَيْنِ» إلى آخر الآيه لكن ذلك لا يقتضى اختصاصهم بالجواز كما هو واضح.

و من الغريب اعتماد بعض الأساطين على المنع فى الحربى على ما حكم عن الشيخ فى بعض كتبه من

قوله «لا تجوز للحربى عندنا»

باعتبار إشعاره بالإجماع و فيه من أن الشيخ هو الذى حكى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۵- من أبواب أحكام الوصايا.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۵- من أبواب أحكام الوصايا.

۳- ۳ سوره البقره الآیه ۱۸۰.

الخلاف و منه يعلم عدم ظهور عندنا فى ذلك، ان إثبات الأحكام الشرعيه بأمثال ذلك من مفاسد الفقه، و مضافا إلى ما عن مجمع البيان من الإجماع على جواز ان يبر الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابه كان، أو غير قرابه، و قال: و إنما الخلاف فى إعطائهم مال الزكاه و الفطره و الكفارات، فلم يجوزه أصحابنا و فيه خلاف بين الفقهاء. و الله العالم.

و لا تصح الوصيه لمملوك الأجنبى أى غير الموصى و لا المطلق و لا المدبره الأجنبى و لا لأم ولده، و لا لمكاتبه المشروط أو الذى لم يؤد شيئا من مكاتبته، و لو أجاز مولاه إجماعا محكيا عن ظاهر المهذب و صريح التذكره بل و التنقيح، لكن خصه بالقن و أم

الولد، و حكى الخلاف فى المدبر و المكاتب عن المفيد و الديلمى، حيث جواز الوصيه له، خلافا للمبسوط و ابنى حمزه و إدريس، حيث منعوا فيهما و جعله فى الأول أشبه كما هو المشهور بين المتأخرين و قوى الجواز فى الثانى، وفاقا للشهيدين و فى الرياض لم أقف فى شى ء من كتب الأصحاب على من نقل الخلاف عنهما فى ذلك.

نعم عن المختلف و المهذب حكايه الخلاف عن المبسوط و ابن حمزه فى الوصيه لعبد الوارث، حيث جوازه، و هذا الخلاف كسابقه لو صح النقل شاذ، بل على فساد الأول ادعى الإجماع فى التذكره.

قلت: لا ينبغى التأمل فى بطلان القول بصحه الوصيه للمدبر و عبد الوارث، بناء على عدم ملك العبد مطلقا، كما عرفت تحقيقه فى كتاب البيع، أو غير ما يملكه مولاه أو فاضل الضريبه أو أرش الجنايه، ضروره عدم كون ما نحن فيه من ذلك، بل هو كذلك فى المدبر فضلا عن القن، و ان تحرر عند استحقاق الوصيه بعد أن كان مملوكا حالها، كما فى القواعد ضروره كونه حينئذ كالوصيه للمعدوم حالها إذا وجد حال الاستحقاق، فإن المنساق من أدله مشروعيه الوصيه خلاف ذلك، و إنه بالموت يتحقق ملك الموصى له، و من غير توقف على شى ء آخر، فالمتجه حينئذ البطلان فى الفرض حتى لو صرح باشتراط حريته عند استحقاق الوصيه.

إنما الإشكال إن كان ففى المكاتب، لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لذا يصح بيعه

و اکتسابه، بل الوصیه له نوع من الإکتساب، و من هنا مال من عرفت و غیره کالکرکی إلی صحه الوصیه له، لکن فیه أولا ما سمعت من دعوی الإجماع علی عدم صحه الوصیه له، مضافا إلی ما تقدم فی محله من عدم قابلیه المملوک للملک، و أنه کَلٌّ عَلی مَوْلاهُ لا یَقْدِرُ عَلی شَیْ ءٍ، کالبهائم، من غیر فرق فی ذلک بین جمیع أفراده، و الکتابه لا تقتضی قابلیته للملک، و إن شرعت علی وجه تتعقبها الحریه، إذا حصل الوفاء بما ضرب علیه و إن کان هو مال السید.

لا یقال: إن المراد من صحه الوصیه له معامله الموصی به معامله ما یستفیده بکسبه.

لأنا نقول أنه لم یثبت اقتضاء عقد الکتابه ذلک فی غیر کسبه، و دعوی أن قبول الوصیه و الهبه له من کسبه یمکن منعها، و لو سلم اقتضاء إطلاقها ذلک، لکن یجب الخروج عنه هنا بالإجماع المزبور.

و

صحیح محمد بن قیس [(۱)](#)عن أبی جعفر (علیه السلام) «فی مکاتب کانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصیه، فقال أهل المیراث لا تجوز وصیتها، انه مکاتب لم یعتق و لا یرث، فقضی أنه یرث بحساب ما أعتق منه، و یجوز له من الوصیه بحساب ما أعتق منه، و قضی فی مکاتب أوصی له بوصیه و قد قضی نصف ما علیه فأجاز نصف الوصیه، و قضی فی مکاتب قضی ربع ما علیه فأوصی له بوصیه فأجاز له

ربع الوصیه و قال فی رجل أوصی لمکاتبه و قد قضت سدس ما کان علیها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»

و رواه

فی الفقیه [(۲)](#)عن أبی جعفر (علیه السلام) لکن فیه قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی مکاتب» إلی آخره، و کذا رواه فی التهذیب [(۳)](#)لکن بدون حدیث النصف و زاد فی آخره «و قضی فی وصیه مکاتب قد قضی بعض ما کوتب علیه أن یجاز من وصیته بحساب ما أعتق منه،»

و الظاهر ارادته وصیه نفسه، کما هو مضمون غیر واحد من النصوص، لا الوصیه له الذی هو مفروض المسأله.

و المناقشه فی السند باشتراک محمد بن قیس بین الثقه و غیره یدفعها منع الاشتراک فی الراوی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الفقیه ج ۲ ص ۱۶۰ الرقم ۵۵۸.

۳- ۳ التهذیب ج ۸ ص ۲۷۵ الحدیث- ۳۳ و إیضاح ۹ ص ۲۲۳ و فیه حدیث النصف.

للقضايا، مع أن الراوی عنه هنا عاصم بن حميد، و هو قرينه واضحه على كونه البجلی الثقه، و أما إبراهيم بن هاشم فهو أجل من أن يوصف بالوثاقه.

و كذا المناقشه فی جامع المقاصد فی الدلاله بأنها واقعه عين، لا عموم فيها بأنها واضحه الفساد. لظهور دلالتها فی المطلوب، بل صراحتها خصوصا مع ملاحظه تقرير الورثه على

دعويهم، بل هی من النصوص المشتمله على سؤال و جواب قد ترک الاستفصال عنه كما هو محرر فی محله، كل ذلک مع تأيدها بما

فی خبر ابن الحجاج (۱)عن أحدهما (عليه السلام) «لا وصيه لمملوک»

الذی يظهر كون المراد منه ما نحن فيه بملاحظه الخبر الآتی فی المسأله الثانيه باعتبار وقوع نحو ذلک فيه، و مفروض السؤال أنه قد أوصى له بوصيه فلا مجال حينئذ عن القول ببطلان الوصيه له.

نعم لو كان قد تحرر بعضه صحت الوصيه له بالنسبه.

و لو أوصى للجزء المحرر، منه كان فيه إشكال، أقواه عدم الصحه، لأن المالک من تحر بعضه، لا البعض المحرر، و بذلک وردت الأخبار و جرى عليه كلام الفقهاء الأخيار مع أنه قد يقال: أن المالكيه من الأعراض النفسانيه، و المملوكيه من الأعراض الجسمانيه و حصول الأولى للنفس الإنسانيه كاملا مشروط بانتقال الثانيه عن البدن فإذا انتفت عن بعضه ثبت الملک بالنسبه، و زوال الملک بالموت إنما هو لمدخليه اتصالها بالبدن فيه.

ثم أن الظاهر من قول المصنف «و لو أجاز مولاه» راجع إلى الجميع، و يحتمل الأخير، و يستفاد حكم غيره بطريق أولى، و الغرض منه الرد على بعض العامه القائلين بذلک إذا استمر رقه.

و فيه: أن ملک المولى له مع عدم قصد الناقل و عدم معارضته بعين مملوكه له كی يدخل معوضها فی ملكه قهرا، و إن قصد الناقل خلافه- مخالف للضوابط الشرعيه التی منها أن العقود تابعه للقصود، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف فی الظاهر كما اعترف به غير واحد فی أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۸- الحديث- ۲.

تصح الوصیه لعبد الموصی، و لمدبره، و مکاتبه، و أم ولده فی الجمله بل فی جامع المقاصد و عن المهذب الإجماع علیه فی الجمیع، و عن فخر الدین و الصیمری الإجماع فی الأول و التذکره فی الأخیره، و هو الحجه بعد النصوص التی منها کما قیل

الصحیحان:

فی أحدهما(۱): «رجل أوصی بثلث ماله لموالیه و لمولیاته الذکر و الأنثی فیه سواء أو للذکر مثل حظ الأنثیین من الوصیه فوقع (علیه السلام) جائز للمیت ما أوصی به علی ما أوصی به إن شاء الله.

و فی الثانی (۲)«رجل أوصی لموالیه و موالی أبیه بثلث ماله، فلم یبلغ ذلک، قال: المال لموالیه و سقط موالی أبیه».

و إن ناقش فی الاستدلال بهما فی الریاض باشتراک لفظ المولی بین العبد و غیره،

فلعله المراد دون الأول، و لا قرینه ترجح إرادته، بل لعله القرینه علی خلافه واضحه لظهورها و فی إعطاء الثلث للموصی له، بأن یسلم إلیه دون أن یعتق منه بحسابه و قد تدفع بظهور المولی فی العبد و خصوصا فی المقام، و لذا أسقط الوصیه فی الثانی «موالی أبیه».

و أما الإعطاء له فهو و إن کان ظاهر الخبرین ذلک، الا أنه فسره غیرهما بالعتق منه بحسابه، کما ستعرف، فلا بأس حینئذ بحمل ما فیهما علیه، و الأمر فی ذلک سهل بعد عدم انحصار الدلیل فیهما.

و المراد بصحه الوصیه له أنه یعتبر ما أوصی به لمملوکه بعد خروجه من الثلث، فإن کان بقدر قیمته أعتق، و کان الموصی به للورثه، و إن کانت قیمته أقل أعطی الفاضل، و إن کانت أکثر سعی للورثه فیما بقی لکن قیده المفید و الشیخ فی النهایه بل و القاضی و الدیلمی علی ما حکی عنهما ب ما لم تبلغ قیمته ضعف ما أوصی له به، فإن بلغت ذلک کما لو کانت قیمته مائتین و الموصی بها له مائه بطلت الوصیه أما لو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۲- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۹- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

كانت قيمته مائتين مثلا، و الموصى به مائه و خمسين، و لكن الثلث ليس إلا مائه، سعى عندهم في قيمه نصفه، و هو مائه كما صرح به في المسالك نافيا عنه الخلاف، لعدم كون قيمته ضعف ما أوصى به، و إن لم يصل ذلك إليه لقصور الثلث.

لكنه قد يناقش بأن المفروض في المقنعه و النهايه الوصيه للعبد بالثلث، و بل في السرائر نسبه عباره النهايه إلى الروايه بل لعل وجه اعتبار زياده الحريه على النصف بالوصيه و لو يسيرا، كي يرجح ما فيه من الحريه على الآخر، فيستسعى بخلاف ما إذا كانت قيمته ضعف ما أوصى له فيما زاد، فإنه لا يقتضي الوصيه حينئذ إلا النصف فما دون، فلا ترجيح، فيبقى على أصاله عدم صحه الوصيه للعبد، و الأصل فيه الروايه التي سمعتها عن السرائر، بل لعل ذلك ظاهر المقنعه أيضا، لأنه ذكر المسأله و غيرها، ثم قال: بهذا جاء الأثر عن آل محمد (عليهم السلام).

و قيل: و القائل والد الصدوق و الشيخ في الخلاف و الحلبي و الحلي تصح الوصيه مطلقا و يسعى في الباقي كيف كان ففي الفرض يسعى في قيمه نصفه أي مائه و يتحرى و هو حسن بل الأقوى وفاقا لمن عرفت، بل المشهور بل عن الخلاف الإجماع عليه.

مضافا إلى إطلاق ما

عن فقه الرضا(۱)(عليه السلام) بناء على حجيته «فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله، قوم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضيله».

و خبر الحسن بن صالح (۲)عن أبي عبد الله (عليه السلام) «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال: فقال: يقوم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع القيمه، استسعى العبد

في ربع القيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد، و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمه»

بناء على أن المراد بقوله «بقدر» إلى آخره المثال لغيره، لا خصوصه فما دون للإجماع على مساواه الثلث و نحوه ما لم يبلغ النصف في هذا الحكم.

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۵۲۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

و من ذلک یظهر وجه الاستدلال بالخبر المزبور لکل من القولین، فان المفید و أصحابه یجعلونه مثالا لما لم یبلغ النصف من الأقل مما تزید فیه الحریه علی النصف لأصاله بطلان الوصیه للعبد.

و المشهور یجعلونه مثالا لجمیع أفراد الأقل، و یشهد له الإجماع المحکی المعتضد بالشهره، و إطلاق الرضوی و غیر ذلک، کما یشهد للأول ما سمعته من المرسله فی السرائر، و ظاهر المقنعه.

و من الغریب تقریر الکرکی و ثانی الشهیدین و غیرهما الاستدلال للمفید بالخبر المزبور بدلاله المفهوم، علی معنی أنه لو لم یکن أقل بقدر الربع، لا یستسعی، و إنما یتحقق عدم الاستسعاء من البطلان، ثم اعترضوا علیه بأن المفهوم ان لم یکن الثلث أقل من قیمه العبد بقدر الربع، لا یستسعی فی ربع القیمه، لا أنه یستسعی مطلقا، و هذا مفهوم صحیح لا یفید مطلوبهم، فلا ینافی القول بأنه یستسعی بحسبه فإن کان أقل بقدر الثلث، یستسعی فی الثلث، أو بقدر النصف یستسعی فی النصف و هکذا، و أیضا لو کان المفهوم الذی ذکروه صحیحا لزوم منه أنه متی لم یکن الثلث أقل من قیمته بقدر الربع لا یستسعی، بل تبطل الوصیه، و هذا شامل لما لو کانت القیمه قدر الضعف، أو أقل من ذلک إلی أن یبلغ النقصان قدر الربع، فمن این خصوا البطلان بما لو کانت القسمه قدر الضعیف، بل قال فی المسالک: «ما هذا الأعجب عن مثل هذین الشیخین الجلیلین».

و لا یخفی علیک أن مبنی استدلال المفید إن کان، هو ما عرفت من أن الأصل بطلان الوصیه للعبد، و المتیقن مما فی الروایه کونه مثالا- للأقل من النصف و لو بقرینه ما عرفت، لا- المفهوم المزبور الذی لا- یکاد یخفی فساده علی أصاغر الطلبه، و أما المناقشه فی سند الخبر، فیدفعها اتفاق الجمیع علی العمل به.

بقی الکلام فی شی ء و هو أن الفاضل فی المختلف وافق المشهور فیما إذا کانت الوصیه بجزء مشاع من الترکه کالثلث و الربع و الخمس و نحو ذلک، فإن العبد حینئذ یکون من جملته، فکأنه قد أوصی بعتق جزء منه، فیعتق و یسری فی الباقی، و یدفع عنه من الوصیه، لأنه فی القوه الوصیه بعتقه، بخلاف ما لو کانت بجزء معین، کدار أو بستان، أو جزء مشاع منه

کنصفهما، فإنه تبطل الوصیه، لعموم

(۱)«لا وصیه لمملوک»

و لعدم ما سمعته فی المشاع، و لأن تنفیذ الوصیه بالمعین محال، لامتناع ملک العبد، و التخطی إلی رقبته یقتضی تبدیل الوصیه.

و فیه- مع منافاته لإطلاق الأصحاب کما اعترف به فی محکی التذکره، بل فیها أن کلمه الأصحاب متفقه علی عدم الفرق و کذا عن المهذب بل و إطلاق الخبر المزبور فإن الثلث فیه أعم من المشاع و المعین، بل لو سلم إراده الأول کان أعم أیضا مما یشمل ثلث العبد و غیره، بل قد یدعی أن المنساق من مثله الثانی- أنه لیس ذلک مبنی الصحه حتی یختص بالمشاع، ضروره عدم صحه الوصیه أیضا للعبد بثلثه، فإنه غیر قابل لأن یملک غیره، فضلا عن أن یملک نفسه، و تنزیله علی إراده عتقه و فکه للسرایه بما أوصی له غیر ظاهر من الوصیه، و لو کان عدم قابلیه العبد للملک سببا لتنزیل الوصیه علی ذلک، لاتجه ذلک فی عبد الغیر أیضا، فضلا عن الوصیه لعبده المعین.

و من هنا کان الظاهر أن الحکم المزبور مستفاد من الشارع، لا أنه مستفاد من الموصی، بل لا یبعد تنزیله علی ذلک حتی لو علم قصد الموصی غیره، بل لعله هو الظاهر، ضروره ظهور عبارته فی إراده تملیکه ما أوصی له به، لا فکه به و عتقه منه، و من ذلک قلنا أن الموافق للضوابط بطلان الوصیه لو لا الأدله الشرعیه التی عرفتها و قد سمعت أن مقتضاها عدم الفرق بین الجزء المشاع و المعین، و من الغریب، قول بعضهم أنه ما أمتن تحقیق المختلف، و أغرب منه عدم عضه فی المسالک علی ذلک بضرس قاطع، بل هو ظاهر فی التردد و الوسوسه، و إن کان قد عدد ذلک تحقیقا فلا حظ و تأمل.

و علی کل حال فهل یحتاج إلی صیغه عتق فی صوره زیاده الثلث علی القیمه کما عساه یشعر به قوله «أعتق»، أولا، کما عساه یشعر به قوله فی صوره القصور «استسعی العبد فی ربع القیمه» بناء علی عدم الفرق بینهما بالنسبه إلی ذلک فیکون المراد حینئذ من قوله «أعتق» الانعتاق شرعا، وجهان: أحوطهما الأول و الله هو العالم.

ثم ان ظاهر عباره المصنف و غیرها عدم الفرق فیما ذکره من التقویم بین القن و غیره، اللهم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

إلاـ أن يكون مـا ذكره بقوله «و يعتبر ما أوصـى به لمملوكه» إلى آخره راجعا إلى الأول، و لعل ذلك متعين، ضـروره أنه لا وجه لإجراء ما ذكره على المـدبر و المكاتب و أم الولـد، خصوصا بعـد ذكره الأخير مسـتقلا، و المدبر غير محتاج إلى إعتاق، بل و لا إلى ملاحظه مساواه الموصى به لقيمته، و زيادته و قلته بحيث يبلغ قيمته الضعف على القول به، بل هو بمجرد موت السيد يتحرر، فإن كان له مال أخذ ما يقابل بل الثلثين عن ثلثه، و إلا سعى فى ذلك.

و من هنا يظهر أنه غير منـدرج فى الخبر المزبور الـذى هو العمده فى إثبات صـحه الوصـيه للعبد بعد الإجماع كما اعترف به فى المسالك.

نعم قـد يقـال: إنه أولى من القن الـذى هـو موضـوع خبر الحسن بن صالـح (۱)على الظـاهر، مضافـا إلى ما سـمعته من الإجماع المحكى، فتصـح الوصـيه حينئـذ له، و تصـرف فى فكه أو تعطى له مع فكه من غيرهـا كمـا سـمعته فى القن، بل لعل ذلك أولى ضروره كونهما وصـيتين له، فيعتق حينئذ من الثلث، و تدفع الوصيه له كما فى صوره زياده الموصى به على قيمته، فإنه لا إشكال و لا خلاف فى دفع الزياده له.

و لاـ ينـافى ذلـك أن المراد بصـحه الوصـيه له صـرفها فى فكه من الرق، لإمكان كون ذلك حيث لا يكون سـبب غيرها لحريته كالتدبير الذى هو مع الوصـيه له بمنزله الوصـيه بعتقه، و دفع الموصـى به له من غير فرق بين تقدمها على التدبير و تأخرها عنه، و بين كون الوصـيه بالجزء المشاع و المعين، و احتمال بطلان التدبير فيما لو فرض تأخر الوصـيه عنه و كانت بالجزء المشاع باعتبار أنها بمنزله الوصـيه بعتقه الظاهره فى العـدول عن التـدبير، و كذا احتمال بطلان الوصـيه له لو فرض تأخر التدبير عنها لنحو ذلك أيضا- واضح الضـعف بل الفساد، ضـروره عدم انحلال ذلك إلى ما سـمعت بل لا يبعد تأكد الوصـيه بتدبيره بالوصـيه له بالجزء المشاع.

و لذا قال فى القواعد: «لو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان، لعدم قابليه العبد ملك غيره، فضلا عن نفسه، و التدبير

حملا للوصيه على ذلك بتعذر الحمل على الحقيقه،

۱- ۱ الوسائل الباب ۷۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

و فى جامع المقاصد ان عليه، أى الثانى الفتوى، و إن قد يناقش فى إراده التدبير الذى هو إنشاء عتق معلق على الموت من ذلك، اللهم إلا أن يكون حكم التدبير على معنى حصول الحريه بالموت بعد فرض قيام الثلث بقيمته كما فى المدبر و الله العالم.

و أما مكاتب السيد فلا ريب فى عدم شمول الخبر المزبور له و لعله، و لما عساه يشعر من النصوص السابقه من اعتبار صحه الوصيه للمكاتب بتحرير بعضه، حتى فى مكاتب الإنسان نفسه، قد يحتمل بطلان الوصيه له، كمكاتب الغير، لكن لا ريب فى ضعفه، خصوصا بعد ما سمعته من الإجماع المحكى، إذ لو سلم عدم شمول الخبر له، فلا ريب فى أولويته من القن بذلك، بل قد عرفت أن جماعه جوزوا الوصيه له إذا كان للغير، و إن كان قد عرفت ما فيه.

إنما الكلام فى أن إعتاقه كالقن باعتبار قيمته، و قيمه ما أوصى له به، من غير ملاحظه لما وقعت الكتابه عليه، زاد ذلك أو نقص، أو باعتبار ما وقعت الكتابه عليه من غير ملاحظه لقيمته، و يعطى حينئذ الوصيه، و يؤدى منه ما عليه من مال الكتابه على ما حسب ما لو اكتسب، أو باعتبار أقل الأمرين منهما وجوه ثلاثه، قد اختار الأخير منها الفاضل فى قواعده و المحقق الثانى عملا بكل من الدليلين، فلا يلزم إلا بالأقل للإجماع على عدم وجوبهما معا، كالإجماع على عدم التوزيع، و لكن يقوى فى النظر الثانى منها لما عرفت من عدم شمول خبر المقام له، و إنما صححنا الوصيه له بالأولويه و الكتابه من العقود اللازمه التى لا تنفسخ بالموت، و حينئذ ما لها كالدين فى ذمته يجب عليه أداؤها، و لا يقوم مقامها أداء قيمته مما أوصى له بعد فرض عدم شمول الدليل له على أن احتمال الإلزام بالأكثر مراعاه الحق الورثه، مقابل لاحتمال الأقل كما هو واضح و الله العالم.

بل قد يقال: إن فحوى ما سمعته فى القن يقتضى صرف ما أوصى له فى فك رقبته لو كان مشروطا و لو بعضها، كما أنه يقتضى صرف ما قابل الجزء المملوك من المطلق، الذى تحرر بعضه فى فكه أيضا، و إن اعطى ما قابل الجزء الحر من الوصيه، ضروره اندراجه فى المملوك الشامل للكل و البعض و حينئذ فمع فرض تحرره بذلك يخرج عن موضوع الكتابه كما لو أعتقه فتأمل جيدا و الله العالم.

و إذا أوصى بعتق مملوكه و لم يكن عنده سواه، و كان عليه.

دين يحيط بقيمته بطلت وصيته، و بيع المملوك في الـدين، و إن لم يكن محيطا به ف عند جماعه أنه إن كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك لنفوذ وصـيته في ثلثه و هو هنا سدس العبد فإن نصـفه للدين، و ثلثا من النصف الثاني للوارث فيبقى السـدس ثلث الموصى، فإذا انعتق السـدس سرى في الجميع و يسـعى العبـد حينئـذ في خمسه أسـداس قيمته ثلثه منها للـدين، و سـدسان منها للورثه، و كـذلك لو كان أزيـد من المرتين، و إن نقص مقدار ما سعى به، و إن كانت قيمته أقل من الدين مرتين أحـاط بهـا أولاـ بطلت الوصـيه بعتقه عنـد الشـيخين و ابن البراج و غيرهم لمـا تسـمعه من النصوص الوارده في التنجيز الـذي هو كالوصـيه في الحكم، و غير ذلك، و لكن مع هذا و الوجه عند المصـنف و جماعه أن الدين يقدم على الوصيه فيبدأ به (١١) إن كان له تركه غير العبـد و إلا كان في مقابله بعض العبـد و يعتق منه الثلث مما تفضل عن الدين (١٢) و إن قل ثم يسعى للدين و الورثه.

قال الحلبي (١)قلت لأبي عبـد الله (عليه السـلام) رجل قال: إن مت فعبدي حر، و على الرجل دين، فقال: إن توفي و عليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، و إن لم يكن قد أحاط بثمن العبد استسعى في قضاء دين مولاه و هو حر إذا أوفى»

و عـدم ذكر الورثه فيه للوضوح، و إلاـ فـالمراد سـعيه في قضـاء دين مولاـه أولاـ ثم في حق الورثه، و مـا يقال: من أن الصـحيح المزبور في التدبير، و هو كالعتق المنجز فلا يسـتفاد منه حكم الوصـيه، و يدفعه ما دل على أن التدبير كالوصيه بالعتق، و لا يتوهم من عباره المتن أنه لا ينعتق من العبـد ما قابل الـدين، بل الذي يعتق منه الثلث مما فضل عن الدين لا غير، ضـروره منافاته لما دل على سـرايه العتق، و من هنا صـرح به في القواعد و غيرها، بل لا أجد فيه، خلافا بين القائلين بذلك، قال فيها: «و لو أوصـى بعتق مملوكه و عليه دين قدم الدين، فان فضل من التركه ما

يسعه ثلث قيمه العبد عتق، و إلا عتق ما يحتمله، و يسعى في الباقي، و لو لم يبق شي ء بطلت، و قيل: إن كانت قيمته

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

ضعف الدين عتق، و سعى فى خمسه أسداس قيمته، ثلثه للديان، و سهمان للورثه و إن كانت أقل بطلت» و حينئذ فالخلاف فى الصوره الثانيه لا الأولى. هذا كله فى الوصيه.

أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرناه أولا من السعى فى الخمسه أسداس، لو كانت القيمه بقدر الدين مرتين، و البطلان إذا كانت أقل من ذلك عملا بروايه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«قال: سألنى أبو عبد الله (عليه السلام) هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا، و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى: أرى أن أبيعهم و ادفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته، و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير، و فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبى ليلى متى قلت هذا القول؟ و

الله ما قلت إلاـ طلب خلافى، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): و عن رأى أيهما صدر؟ قال: قلت: بلغنى أنه أخذ برأى ابن أبى ليلى، و كان له فى ذلك هوى، فباعهم و قضى دينه، قال: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمه، و قد رجع ابن أبى ليلى إلى رأى ابن شبرمه بعد ذلك، فقال: أما و الله أن الحق لفى الذى قال ابن أبى ليلى، و إن كان قد رجع عنه، فقلت له: هذا منكسر عندهم فى القياس، فقال: هات قايسنى، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال: لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبدا لم يترك مالا غيره، و قيمه العبد ستمائه درهم، و دينه خمسمائه درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائه درهم، و يأخذ الورثه مائه درهم، فقلت: أ ليس قد بقى من قيمه العبد مائه درهم من دينه، فقال: بلى، قلت: أ ليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال: بلى، أ ليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائه حين أعتقه؟ فقال: ان العبد لا وصيه له، إنما أمواله لمواليه، فقلت له: فإن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۵.

كان قيمه العبـد سـتمائه درهم، و دينه أربعمائه فقال: كـذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و يأخذ الورثه مائتين و لا يكون للعبد شـى ء، قلت له: كان قيمه العبد ستمائه درهم و دينه ثلاثمائه درهم، فضحك؟ و قال: من ههنا أتى أصحابك جعلوا الأشـياء شـيئا واحـدا، و لم يعلموا السـنه، إذا اسـتوى مال الغرماء و مال الورثه، أو كان مال الورثه أكثر من مال الغرماء و لم يتهم الرجـل على وصـيته، و أجيزت وصـيته على وجههـا، فالآـن يوقـف هـذا فيكـون نصـفه للغرمـاء، و يكـون ثلثه للورثه، و يكون له السدس».

و صحيح زراره(۱)عن أحدهما (عليهما السلام) «فى رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال:

إن كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه، و إلا لم يجز»

وفى صحيح آخر(۲)«إذا ملك المملوك سدسه استسعى»

إلى غير ذلـك من النصوص التى لاـ محيص عن العمل بها، بعـد جمعها لشـرائط الحجيه من حيث السـند و الـدلاله و العمل، فلا بـأس حينئـذ بتخصـيص العمومـات بهـا، و لـو كـانت قطعيه، و دعوى أعراض المشـهور عنهـا ممنوعه على مـدعيها، فمـا وقع من الفاضـل- و غيره من طرحهـا و الرجوع إلى مـا تقتضـيه القواعـد العـامه من نفوذ العتق فى ثلث الزائـد عن الـدين مطلقـا- واضـح الضـعف و أضـعف منه مـا عن الحلبى من نفـوذ العتق من الأصـل، و سـقوط الـدين من رأس، و لعله مبنى على كون المنجز من الأصل الذى قد عرفت ضـعفه فى كتاب الحجر، إنما الكلام هنا فى إلحاق الوصيه بالعتق المنجز فى الحكم المزبور، و قد عرفت، من جماعه إلحاقه، بل حكى عن جميع العاملين

بـالنصوص المزبـوره فى العتـق عـدا المصـنف، و لعله لإطلاـق الصـحيح الأـخير، و معلـوميه اتحـاد المنجز مع الوصـيه، بنـاء على خروجهما من الثلث- فى أكثر الأحكام، بل ربما احتمل عموم «أعتقهم» لهما معا، أو اختصاصـها بالوصـيه خصوصا بعـد قوله فى الذيل «لم يتهم الرجل على وصـيته و أجيزت وصـيته على وجهها» و مع الإغضاء عن ذلك، فلا ريب فى ظهور سياقها فيه، مضافا إلى أولويتهـا من المنجز بالحكم المزبور، ضـروره كونه أقوى منها، حتى قيل: إنه من الأصل بخلافها، و مع ذلك بطل إذا انقص عن مقابله الدين مرتين، فهو أولى منه قطعا و من ذلك و غيره يتجه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

تخصیص العمومات، و صحیح التدبیر السابق بذلک، علی أنه قد احتمل حمله علی التقیه، لأنه مذهب العامه فی تلک الأزمنه، کما یستفاد من سیاق تلک الصحیحه و الله العالم.

و لو أوصی لمکاتب غیره المطلق و کان قد أدی بعض مکاتبه کان له من الوصیه بمقدار ما أداه لأنها تصح له علی قدر ما تحرر منه، إن نصفها فنصف، و إن ثلثا فثلث، کما عرفت الکلام فیه سابقا، و فیما لو أوصی للجزء الحر منه أیضا فلا حظ و تأمل.

لکن لو قلنا بصحه الوصیه للجزء الحر فهل تکون أیضا علی نسبته أو یملک الکل به؟

وجهان، أقواهما الثانی، و الله العالم.

و لو أوصی الإنسان لأم ولده، صحت الوصیه من الثلث بلا خلاف، کما اعترف به غیر واحد، و لا إشکال و إنما الکلام فی أنها هل تعتق من الوصیه إذا وفت بقیمتها أو من نصیب ولدها أو علی التخییر بینهما، أو من ثلث المیت غیر ما أوصی به.

قیل: و القائل جماعه منهم الکرکی فی جامعه تعتق من نصیب ولدها و تکون لها الوصیه، و قیل: و القائل أیضا جماعه المصنف فی باب الاستیلاد بل تعتق من الوصیه بل عن المهذب نسبته للشهره لأنه لا میراث إلا بعد الوصیه و فی الریاض أنه و سابقه قولان مشهوران، و فی غیره متکافئان، و قیل: و القائل الصدوق فیما حکی عنه، تعتق من ثلث المیت و تعطی ما أوصی لها به، و قیل: و القائل الإسکافی تحیر عتقها بینهما، عملا بکل من الدلیلین، و بعد الإجماع علی عدم التوزیع بینهما، و الأقوی فی النظر منها الثانی، لعموم ما دل علیه من النص و غیره، مضافا إلی قاعده انعتاق الأبوین بحصول سبب ملک الولد لهما، و لا ریب فی تحققه هنا باعتبار ملک الوارث للترکه بموت الموروث، و هی من الترکه قطعا، حتی لو قلنا بکون الثلث الموصی به علی حکم مال المیت، و لا یدخل فی ملک الوارث إلا الثلثان، و ضروره کونها منهما دونه، و مجرد الوصیه لها لا یخرجها عن ذلک.

و احتمال تنزیلها منزله ما أوصی بعتقها فتکون منه دونهما.

یدفعه منع ذلک أولا.

و ثانيا: أنه لا يجدى فيما لو فرض زياده قيمتها على ما اوصى به لها، فإنه لا إشكال حينئذ فى كون الزائد تركه للورثه، فيدخل جزء منها فى ملك الوالد، و ينعتق عليه، و يسرى فى الغير، و يتم ذلك بعدم القول بالفصل، مضافا إلى إطلاق النصوص جعلها فى نصيب ولدها.

و احتمال دفع قيمتها مما أوصى به لها و إن انعتقت على الولد بملك جزء منها و جعل الباقى فى نصيبه.

يدفعه أيضا معلوميه اقتضاء جعلها فى نصيب ولدها الانعتاق على الولد، و أن الغرامه عليه.

و بذلك كله يظهر لك ضعف الأقوال جميعها، و ان شهد للثالث منها

المرسل عن أبى الحسن الرضا (عليه السلام)(١)«فى أم الولد إذا مات عنها مولاها، و قد أوصى لها، قال: تعتق من الثلث و لها الوصيه».

و صحيح أبى عبيده(٢)المروى فى الكافى و غيره قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له أم ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو أكثر، للورثه أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميت و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به، و فى كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها، و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به».

و كأن المراد أنه قد روى الخبر المزبور فى كتاب العباس على هذا النحو، و حينئذ يكون نصا فى المختار، و بخلافه على النحو الأول، فإنه يكون مهجورا معرضا عنه بين الأصحاب، بل لم أجد عاملا به عدا ما يحكى عن الصدوق، بل عن التنقيح الإجماع على عدم العمل به؟

مع أنه محتمل لأم الولد التى قد مات ولدها، كما

فى خبر أحمد بن محمد بن أبى نصر(٣)عن أبى الحسن (عليه السلام) «قال: نسخت من كتاب بخط أبى الحسن (عليه السلام): فلان مولاك توفى ابن أخ له، و ترك أم ولد له ليس لها ولد، فأوصى لها بألف درهم هل تجوز الوصيه؟ و هل يقع عليها عتق، و ما حالها؟ رأيك فدتك نفسى، فكتب (صلى الله عليه و آله) تعتق من الثلث، و لها

١- ١ الوسائل- الباب- ٨٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٨٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۴.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٨٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

الوصیه»

و إن کـان هو علی هـذا التقـدیر محتاجـا إلی التأویل، لما عرفته من حکم الوصـیه للمملوک الـذی منه أم الولـد، مع فرض موت ولدها، فی حیاه سیدها قطعا، فلا بد من تأویله بإراده العتق من الوصیه بالعتق من الثلث، و تعطی ما فضل منها علی تقدیر الزیاده، أو بإراده عتقها فی مرض الموت، ثم أوصی لها، أو بغیر ذلک هذا.

و فی الریـاض بعـد أن ذکر الروایه مسـتدلا بهـا للقول الثالث ثم حکی الإجماع علی الاعراض عنها، و أنه لا بـد من تأویلها بأحد الأـمرین، قـال: لکن یرجـح حملهـا علی الأـول، دلاـله مقابلتهـا بروایه العبـاس التی هی فی آخرها مـذکوره، علی کون موردهما واحـدا، و لاـ ریب فی أنه فی الثـانیه هو أم الولـد التی لم تعتق بالکلیه، فلتکن مورد الأولی أیضا تلک الجاریه، مضافا إلی شـیوع إطلاـق الثلث علی الوصـیه، مع احتمـال أن یکون المراد منه تأکیـد الحکم الأولی من انعتاقها من الثلث، و هـذا ان لن نقل بکونه ظاهرا من الروایه لیس ببعیـد، کبعد الحمل الآخر بلا شـبهه، فیمکن بملاحظه الإجماع و قرینه المقابله أخذها للقول بالانعتاق من الوصیه حجه، کما هو ظاهر التنقیح و صریح الکفایه، فإذا هو فی غایه القوه».

قلت: قـد عرفت أنه فی غایه الضـعف، و الخبر بعد تسـلیم ما ذکره فیه من المأول الذی لا یکون حجه، و المقابله التی ذکرها هی لیست فی الخبر، حتی تصلح لأن تکون قرینه، بل هی من الکافی، لا أنها کذلک فی الخبر نفسه، کما هو واضح.

نعم مـا فی کتـاب العبـاس علی مـا عرفت دلیـل تـام علی المطلوب، و أمـا التخییر ففیه أنه لاـ وجه له فیما کان من القهریات، فإن الانعتاق القهری الـذی یکون علی الولـد لا وجه لتخییر فیه، بل و کـذا علی تقدیر الانعتاق من الوصـیه، بناء علی أنه مثل الانعتاق من الولد، بمعنی ینعتق منها ما قابل الموصـی به بموت الموصی من غیر حاجه إلی صیغه، و إن کان هو مشکلا لعدم دلیل یصلح لذلک و الله العالم.

و إطلاـق الوصـیه لجماعه محصوره یقتضـی التسویه ما بینهم من غیر فرق بین الغریب و البعیـد، و الـذکر و الأنثی، و الفاضل فی الإرث و غیره، بلا خلاف و لا إشـکال للتساوی فی سـبب الملک، فهم کالمشترکین فی الحیازه مثلا، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الموصی فی ذلک.

نعم يعتبر فيه عدم قصد الخلاف فالتسويه المزبوره حينئذ شرعيه، و احتمال بطلان الوصيه- لعدم قصد الموصى تشخيص الملك للموصى له، يدفعه أنه خلاف مقتضى عموم الكتاب و السنه، و مقعد الإجماع مضافا الى خصوص الفتوى به هنا على وجه لم يظهر فيه خلاف.

نعم لو لم تكن الجماعه محصوره كان المراد من الوصيه الصرف فيهم، كما فى كل موصى له غير محصور، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظه أقل مصداقه فى الامتثال، و إن كان هو الأحوط.

و كيف كان فإذا أوصى لأولاده و هم ذكور و إناث، فهم فيه سواء، و كذا لأخواله و خالاته، أو لأعمامه و عماته، و كذا لو أوصى لأخواله و أعمامه، كانوا سواء على الأصح لما عرفت، خلافا للمحكى عن الشيخ و جماعه، و إن لم أتحقق ذلك فكالارث، و لا ريب فى ضعفه، بل عن ظاهر التذكره الإجماع على خلافه، و إن كان فيه روايه صحيحه لكنها مهجوره و هى

صحيحه زراره(۱)عن الباقر (عليه السلام) «فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث»

و قد حملت أيضا على ما لو أوصى بذلك على كتاب الله، و كذا الخبر الآخر(۲)الضعيف «المقتضى لقسمه الوصيه للأولاد بين الذكور و الإناث على كتاب الله» و فى المسالك لم يعمل به أحد، هذا كله إذا أطلق فى الوصيه.

أما إذا نص على التفضيل اتبع لعموم من بدله، و ما دل على إنفاذ الوصيه على حسب ما أوصى به الموصى و إذا أوصى لذوى قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيرا إلى العرف كما هو الضابط فى كل لفظ:

قال محمد بن أبى نصر(۳). «نسخت من كتاب بخط أبى الحسن (عليه السلام) رجل أوصى لقرابته بألف درهم، و له قرابه من قبل أبيه و أمه، ما حد القرابه يعطى من كان بينه و بينه قرابه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

أولها حد ينتهى إليه؟ فرأيك فدتك نفسى، فكتب (عليه السلام) إن لم يسم أعطاها قرابته»

و كذا

عن الحميرى إلا أنه قال: «اعطى أهل بيت قرابته»

من غير فرق بين الوارث و غيره، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأنثى، و الفقير و الغنى، كما أنه لا فرق فى انصراف الوصيه إلى الموجود منهم، سواء اتحد أو تعدد، و سواء ذكرهم فى الوصيه بصيغه الجمع أو الأفراد.

و قيل: و القائل الشيخ على ما حكى عنه كان أى الموصى به لمن يتقرب إليه إلى آخر أب و أم له فى الإسلام بمعنى الارتقاء بالقرابه من الأدنى إليه إلى ما قبله، و هكذا إلى أبعد جد فى الإسلام و فروعه، و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك، و ان عرفوا بقرابه عرفا، و هو عجيب.

و أعجب منه الاستدلال له ب

قوله (عليه السلام)(۱)«قطع الإسلام أرحام الجاهليه»

و قوله تعالى (۲)لنوح عن ابنه «إِنَّهُ لَيسَ مِنْ أَهْلِكَ».

و هما كما ترى لا يدلان على تمام المطلوب، بل و لا على شى ء منه، ضروره كون المدار هنا على صدق اللفظ، و لا ريب فيه لغه و عرفا على المعروفين بنسبه، و إن كانوا كفارا، إلا أن تكون هناك قرينه على اراده المسلم نحو ما ذكروه فى الفقراء، كما أنه لا ريب فى عدم صدقه على البعيد، بحيث لا يعرف بنسبه و إن

كان مسلما و من هنا قال المصنف و هو غير مستند إلى شاهد.

و أما ما يحكى عن الإسكافى من أنى لا اختار ان يتجاوز بالتفرقه ولد الأب الرابع، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يتجاوزه فى تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس.

فقد يدفعه العرف أيضا و فعل النبى (صلى الله عليه و آله) لا يدل على نفى القرابه مطلقا عما عداه، فإن ذلك معنى آخر للقرابه، و أضعف منه القول باختصاص القرابه بالوارث، دون غيره، و القول باختصاصها بالمحرم من ذوى الأرحام دون غيرهم، كبنى الأعمام و الأخوال، مع أنهما

۱- ۱ ما عثرنا على هذه الروايه بعد الفحص فى مظانها من كتب الخاصه و العامه.

۲- ۲ سوره هود الآيه- ۴۶.

مجهولا القائلين و الله العالم.

و لو أوصى لقومه قيل: و القائل الشيخان و أكثر الأصحاب فى المسالک و المشهور فى غيرها هو ل لذكور من أهل لغه أو مطلقا ذكورا و إناثا، و هو كما ترى يشهد العرف بخلاف، و لعله لذلک نسبه المصنف إلى القيل، بل عن ابن إدريس أنهم الرجال من قبيلته ممن ينطق العرف بأنهم أهله و عشيرته دون من سواهم، و عليه قول الشاعر:

قومى هم قتلوا أميم أخى فإذا رميت يصيبنى سهمى

و لا بأس به و إن سلمنا كونه فى اللغه كما ذكروه، و الله العالم.

و لو قال: لأهل بيته، دخل فيهم الآباء و الأولاد و إن نزلوا و الأجداد و إن علوا قطعا، بل الظاهر دخول الأعمام و أولادهم، بل عن تذكره الفاضل تفسيره بالقرابه التى يدخل فيها الأخوال و فروعهم، و حكى عن ثعلب أنه قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجال و أولادهم، كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوى فيه الذكور و الإناث، و فى المسالک «ما اختاره العلامه من مساواه أهل البيت للقرابه هو الظاهر فى الاستعمال، يقال: الفلانيون أهل البيت فى النسب معروفون، و عليه جرى

قوله (۱)(عليه السلام) «إنا أهل البيت لا تحل لنا الصدقه»

، قلت: هو جيد، لكن قد يمنع شموله للأخوال و الخالات و فروعهم، و نعم ما سمعته من ثعلب، كما أنه لا إشكال فى عدم كونه ما فى المتن خاصه، و إلا لخرج أمير المؤمنين (عليه السلام) عن أهل بيت النبى (صلى الله عليه و آله) و هو باطل إجماعا، كما فى المسالک.

و على كل حال فالأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصى، و مع انتفائه يدخل كل قريب، و أما أهل بيت النبى (صلى الله عليه و آله) فإنهم أخص من ذلک، بالروايه(۲)الوارده عنه فى حصرهم فى أهل الكساء، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۹- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث- ۶.

۲- ۲ تفسير برهان ج ۳. ص ۳۱۹.

و لو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه فى نسبه عند جماعه من الأصحاب ففى محكى القاموس: عشيره الرجل بنو أبيه الأدنون، و عن الفاضل ان العشيره هى القرابه مطلقا و فى المسالك «الأجود الرجوع إلى العرف، و مع انتقاله فالعموم حسن» قلت: لكن الظاهر تحقق العرف فى القبيله، لا خصوص الأقرب، و لا مطلق القرابه، و الله العالم.

و لو قال لجيرانه كان للقريبين منه، و فى المتن قيل: كان لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب، و فيه قول آخر مستبعد و هو يلى داره إلى أربعين دارا، و إن كان فيه روايات من الطريقين (۱)إلا أنه مخالف للعرف، كما أن التحديد بالأربعين ذراعا لم نقف له على شاهد، فالأولى جعل المدار على العرف و المشكوك فيه خارج، و تمام البحث فى ذلك مر فى باب الوقف.

و تصح الوصيه للحمل الموجود حال الوصيه، و إن لم يكن قد حلته الحياه بلا خلاف أجده فيه، لعموم ما دل على جوازها و لكن لا تستقر إلا بانفصاله حيا كالإرث و حينئذ ف لو وضعته ميتا بطلت الوصيه بمعنى ظهور بطلانها، و إن كان قد حلته الحياه فى بطن أمه، كظهور الصحه لو انفصل حيا، فالنماء المتخلل يتبع العين فى ذلك.

و لو وقع حيا ثم مات استقرت و كانت الوصيه لورثته (۱۱) لكن فى المسالك يعتبر هنا قبول الوارث، لإمكانه فى حقه، و انما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره، كما سقط اعتباره

للحمل مطلقا، فيقبله وليه ابتداء، و وارثه هنا، و تظهر الفائده، فيما لو ردها الوارث قبل قبوله، فإن اعتبرناه بطلت، و إلا فلا أثر للرد».

و الذى قوى فى النظر عدم الاحتياج إلى القبول فى الوصيه للحمل، بل الظاهر عدم الولى له و هو حمل، بحيث يقبل عنه الهبه و البيع و غيرهما، خصوصا قبل ولوج الروح، و احتمال كون المراد قبول وليه بعد الولاده، يدفعه أنه خلاف ظاهر الفتاوى المتضمنه استقرار الوصيه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۰- من أبواب أحكام العشره، المغنى لا بن قدامه ج ۶ ص ۵۵۶.

بانفصاله حيا، و حينئذ فلا يحتاج وارثه إلى قبول، ضروره كون ملكه بالإرث للحمل لا بالوصيه و الله العالم.

و لو أوصى المسلم للفقراء مثلا كان لفقراء ملته عرفا فى الوصيه و نحوها و إن كان اللفظ للأعم من ذلك لغه و عرفا فى غيرها و لو كان الموصى كافرا انصرفت إلى فقراء نحلته لذلك أيضا.

قال أبو طالب عبد الله بن الصلت (۱): «كتب الخليل بن هاشم إلى ذى الرئاستين و هو وإلى نيسابور أن رجلا من المجوس مات، و أوصى للفقراء بشى ء من ماله، فأخذه قاضى نيسابور فجعله فى فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذى الرئاستين بذلك فسأل المأمون عن ذلك فقال: ليس عندى فى هذا شى ء فسأل أبا الحسن (عليه السلام) فقال أبو الحسن (عليه السلام):

ان المجوسى لم يوص لفقراء المسلمين، و لكن ينبغى أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقه، فيرد على فقراء المجوس»

و نحوه غيره، بل لا يبعد تنزيل اللفظ على خصوص المذهب، فالإمامى من المسلمين لفقراء الإماميه، و هكذا.

بقى شى ء ينبغى التنبيه عليه، و هو أنه قد عرفت عدم صحه الوصيه للمعدوم، و المنساق منه معدوم الذات، و هل مثله معدوم الوصف؟ بمعنى عدم تلبسه بالوصف حال الوصف، ثم تجدد له ذلك فى حياه الموصى أو بعده، يحتمل ذلك، فلا يعطى الفقير بعد الوصيه و لا الجار كذلك و لا غيرهم؟ وجهان: أقواهما الصحه، مع إراده العنوان لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (۲)» و غيره، و الله العالم.

و لو أوصى لإنسان، فمات قبل الموصى، قيل بطلت الوصيه، و قيل: ان رجع الموصى بطلت الوصيه، سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده، و إن لم يرجع كانت الوصيه لورثه الموصى له، و هو أشهر الروايتين بل هو المختار كما عرفته سابقا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۴- من أبواب أحكام الوصايا.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۲- من أبواب أحكام الوصايا.

نعم فی المسالک «و الفرق بین هذه و بین السابقه، أن السابقه تضمنت کون وارث الموصی له یرث القبول، لو مات الموصی له قبله، و لیس فیها تعرض للملک الموصی به، و عدمه و الغرض من هذه بیان أن الموصی له ینتقل بموت

الموصی له إلی وارثه، و ان لم یرجع الموصی عن الوصیه، علی خلاف فیه، سواء کان مورثه قد قبل الوصیه قبل موت الموصی أم لا؟ فلو فرض أنه قبل الوصیه فی حیاه الموصی، ثم مات فی حیاته و اکتفینا بالقبول الواقع فی حیاه الموصی، لم یفتقر وارثه إلی القبول، و لکن یبقی الخلاف فی بطلان الوصیه و عدمه، و هو المقصود بالبحث هنا، و إن لم یکن قد قبل، انتقل إلی الوارث حق القبول، و هو المستفاد من السابقه، و معه یملک الموصی به علی الخلاف، و هو المذکور هنا» لکن قد عرفت هناک ما یعرف منه التحقیق فیما هنا أیضا فلا حظ و تأمل.

و لو لم یخلف الموصی له أحد رجعت الوصیه إلی ورثه الموصی عند جماعه من الأصحاب، کما تقدم أیضا تحقیق ذلک کله، حتی فی قیام الوارث العام کالوارث الخاص و عدمه، سیما إذا مات الموصی له بعد القبول قبل الموصی، و قلنا باعتبار قبوله حال الحیاه، فإن المتجه انتقال الموصی به إلیه، فلاحظ و تأمل.

و لو قال: أعطوا فلانا کذا و لم یبین الوجه، وجب صرفه إلیه یصنع به ما شاء لأن الوصیه تقتضی تسلیط الموصی له علی المال تسلیط غیره من المالک علی أملاکهم کما أنه لو عین الصرف فی جهه خاصه، فقال: أعطوه کذا لبناء مسجد مثلا، تعین علیه صرفه فیها، للنهی عن تبدیل الوصیه، فلو صرفه فی غیرها ضمن، و لزمه إعطاء عوضه و صرفه فی الوجه المعین.

و لو أوصی فی سبیل الله، صرف إلی ما فیه أجر، و قیل: یختص بالغزاه، و الأول أشبه و ان کان الثانی أحوط بین ذلک فی باب الزکاه، و لو أوصی بثلثه و لم یبین الوجه صرف فی وجوه البر.

و تستحب الوصیه لذوی القرابه وارثا کان أو غیره بلا خلاف فیه عندنا نصا

و فتوى بل

فى خبر السكونى (۱)عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليه السلام) «من لم يوص عند موته لذوى قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه»

وقالت: سالمه مولاه أبى عبد الله (عليه السلام)(۲)«كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) حين حضرته الوفاه فأغمى عليه، فلما أفاق قال أعطوا الحسن بن على بن الحسين و هو الأفطس سبعين دينارا، و أعطوا فلانا كذا و كذا، و فلانا كذا و كذا، فقلت: أ تعطى رجلا حمل عليك بالشفره يريد أن يقتلك، فقال:

تريدين أن لا أكون من الذين قال الله عز و جل «الَّذِينَ يَصِلُونَ ما أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ» الآيه، نعم يا سالمه أن الله تبارك و تعالى خلق الجنه، و طيبها و طيب ريحها، و ان ريحها ليوجد من مسيره ألفى عام، و لا يجد ريحها عاق و لا قاطع رحم»

إلى غير ذلك من النصوص.

و إذا أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث بالنسب بمعنى تقديم المرتبه الأولى على الثانيه، و تقديمها على الثالثه و حينئذ ف لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب لا أن المراد التنزيل فى كيفيه الاستحقاق، لما عرفت من أن الوصيه يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأبوين و المتقرب بالأم، و الظاهر أن من الأبعد هنا ابن العم و لو للأب و الأم فلا يعطى مع وجود العم و لو لأب، و إن قدم عليه فى الإرث لدليل خاص، أما إلخ من الأب ففى المسالك ان الأقوى تقديم الأخ من الأبوين عليه كما فى الإرث.

قلت: قد يحتمل تساويهما، و خروج الإرث بالدليل، و لو كان التقرب بالسببين محققا للأقربيه عرفا لاقتضاها بالنسبه إلى المتقرب بالأم خاصه.

[الفصل الخامس فى الأوصياء]

اشاره

الفصل الخامس: فى الأوصياء جمع وصى من الوصايه بكسر الواو و فتحها، و هى الولايه على إخراج حق أو استيفائه أو على طفل أو مجنون، يملك الوصى الولايه عليه بالأصاله كالأب و الجد، أو بالعرض كالوصى المأذون له فى الإيصاء، و هو معنى ما فى القواعد من أن الوصيه بالولايه استنابه بعد الموت فى التصرف فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه و استيفائها، ورد الودائع و استرجاعها،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

و الولايه على أولاده الذين له الولايه عليهم من الصبيان و المجانين، و النظر فى أموالهم، و التصرف فيها بما لهم الحظ فيه، و تفريق الحقوق الواجبه، و المتبرع بها، بل لعل تعريفها بالولايه أولى من الاستنابه باعتبار كونها كذلك بعد الموت، لا أنها نيابه عن الميت الذى بموته تنقطع ولايته، و ان كان هو قد نصبه وليا.

و على كل حال ففى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها- بل فى الحدائق الظاهر اتفاقهم عليه- أنها عقد، و فيه: أن العقد كما عرفته فى محله ما اعتبر فيه الإيجاب و القبول، و المشهور كما تعرفه أن المعتبر فى لزوم الوصيه، عدم الرد الذى يبلغ الموصى، و هو أعم من القبول، بل يتحقق بالرد و عدم القبول إذا لم يبلغ الموصى، و هو مناف لدعوى العقديه المزبوره.

نعم قد تكون بصوره العقد، كما لو أوصى الموصى، فقال الوصى قبلت: و ليس ذلك كافيا فى العقد، ضروره كونه اسما لما اعتبر فيه القبول على جهه الجزئيه، و لقد أجاد فى الدروس حيث أنه بعد أن ذكر جواز تأخر قبولها عن إيجابها كفايه الفعل فيه، قال: و على ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الرد، فلا عبره بقبول الوصى و عدمه بل العبره بعدم الرد الذى يبلغ الموصى، فإن حصل و إلا التزم، و بذلك ظهر لك الفرق بين الوصيه و الوصايه، فإن الاولى، و إن لم تحتج إلى قبول فى بعض أفرادها كالوصيه للجهات العامه بناء على عدم احتياج القبول فيها، لكن حيث يحتاج إلى القبول فيها كالوصيه للمخصوص يكون معتبرا فيها بحيث إذا لم يحصل يقع باطلا، بخلاف الوصايه، فإن عدم القبول لا يبطلها، إلا إذا كان برد لها على وجه يبلغ الموصى، كما هو واضح.

ثم ان صيغه الوصايه أوصيت إليك، أو فوضت أو جعلتك وصيا، أو أقمتك مقامى فى أمر أولادى، أو حفظ ما لهم و التصرف فيه، أو كذا أو كذا، أو وليتك كذا بعد موتى، أو جعلتك وليا بعد الموت، أو نحو ذلك من الألفاظ التى تفيد توليته على ما يريدها عليه عموما أو خصوصا.

أما لو قال أنت وصيى مثلا و اقتصر، وقع لغوا لعدم ظهور المتعلق منه، و عمومه

كخصوصه بالنسبه إلى التقدير، و مطلق الوصايا لا- تجدى من دون ذكر المتعلق بخلاف الأوامر، بل و بخلاف نحو «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و نحوه ضروره كون المقام كالاخبار و كما قال: وكلتك، و عن التذكره التصريح به، بل عن فخر المحققين عدم الخلاف فى ذلك.

و التحقيق ما فى الدروس من أنه إن كان هناك قرينه حال حمل عليه، و إلا أمكن البطلان، و يحتمل التصرف فيما لا بد منه كحفظ المال، و مؤنه اليتيم» قلت: لا- بأس بالاحتمال المزبور مع فرض تيقن إرادته من اللفظ المزبور أو ظهوره مع الشك فى غيره، و إلا- فاللابديه أعم من الوصايه به، و لو قال: أوصيت إليك أو أقمتك مقامى فى أمر أولادى، و لم يذكر التصرف، فالظاهر تنزيله على التصرف، لأنه المفهوم عرفا خصوصا عند من يرى أن المفرد المضاف يفيد العموم، لكن عن التذكره أن فيه احتمالين، هذا أحدهما، و الثانى عدم التصرف إلا فى الحفظ، لأنه المتيقن دون غيره، و هو كما ترى، ضروره إراده التصرف منه عرفا.

و كيف كان ف يعتبر فى الوصى العقل و الإسلام فلا يصح الإيصاء إلى مجنون مطبقا أو أدوارا، لعدم صحه تصرفاته و عدم صلوحه للوكاله، فضلا عن الوصايه التى هى أعظم منها، لأنها إحداث ولايه و منصب يقصر المجنون عنها قطعا، لكونه مولى عليه، بل لو طرأ الجنون على الوصى بطلت وصيته فى وجه، و إن كان تسمع فى المسائل إن شاء الله تعالى أن الأقوى خلافه، و

فى دعائم الإسلام (۱)عن على (عليه السلام) «لا يزيل الوصى عن الوصيه ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانه أو ترك سنه، و السلطان وصى من لا وصى له و الناظر لمن لا ناظر له»

بل الظاهر عدم عودها لو عاد العقل، أن كان على وجه الفسخ كما فى العقد الجائز- وفاقا للفاضل للأصل، و عدم مقتض لعودها، و أن تردد فيه فى الدروس، و تسمع إن شاء الله تعالى تحقيق الحال فى ذلك، فى المسائل.

نعم لو صرح الموصى بذلك أمكن القول بالصحه لعموم أدله الوصيه و وجوب إنفاذها على حسب ما أوصى، و من هنا قال فى الدروس: الأقرب صحه الإيصاء لمن يعتوره الجنون

۱- ۱ الدعائم ج ۲ ص ۳۶۳.

أدوار، و يحمل على أوقات الإفاقه، ثم قال: و الفرق بينه و بين الأول: أى من طرأ له الجنون، انصراف الوصيه فى ابتدائها: أى فى الأدوارى إلى أوقات إفاقته، و فى غيرها إلى دوام عقله الذى لم يدم، و لو قلنا بعود ولايه الأول فلا اشكال».

قلت: قد يقال بصحه الإيصاء إلى المجنون حال جنونه، معلقا ذلك على حصول الإفاقه له ان حصلت، منضما إلى الوصايه إلى بالغ مستقل فى التصرف، أو غير منضم، على اشكال ينشأ من عموم الأدله، و من كون المتيقن منها الاذن فى نصب غير ذلك، على أن تعليق تأثير السبب على غير الشرط الشرعى مخالف للضوابط الشرعيه، و الظاهر ما دل على التسبيب، و سيأتى لذلك نظائر إن شاء الله تعالى كما أنه يأتى البحث على ما يتفرع على الشرط الثانى عند تعرض المصنف له.

و إنما الكلام هنا فى أنه هل يعتبر العداله فى الوصى قيل: و القائل جماعه، بل هو المشهور نعم بل فى الغنيه الإجماع عليه لأن الفاسق لا أمانه له لوجوب التثبيت عند خبره (۱)، و ظالم لا يركن إليه (۲)، و لأولويتها من وكيل الوكيل المجبور بنظر الموكلين، الذى قد اعتبر فيه العداله، و ولايتها قد تكون ولايه على طفل، أو على أداء حق واجب، أو نحو ذلك مما لا ينبغى فيه ائتمان غير العدل، و لأن الوصايه إثبات الولايه بعد الموت الذى به ترتفع ولايه الموصى و يصير التصرف متعلقا بحق غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير و غيرهم، فيكون أولى باعتبار

العداله من وكيل الوكيل، و وكيل الحاكم على مثل هذه المصالح، و من هنا كان رضى الموصى بالفاسق غير معتد به، كما أن منه يعلم الفرق بين الوصايه و الوكاله، و الاستيداع المتعلقين بحق الموكل و المودع المسلطين شرعا على إتلاف مالهما، فضلا عن تسليط غير العدل عليه، و الموصى إنما يسلط على حق الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقا، مع أنا نمنع عدم اشتراط العداله فى الودعى و الوكيل إذا كانا على مثل ذلك.

۱- ۱ سوره الحجرات الآيه- ۶.

۲- ۲ سوره هود الآيه- ۱۱۳.

كل ذلك مضافا إلى التأيد بظواهر كثير من النصوص (۱)الوارده بالنسبه إلى من مات و له أموال، و ورثته صغار و لا وصى له، حيث اشترطت عداله المتولى لذلك، و هى و إن كانت خارجه عما نحن فيه إلا أن فيها إشعارا بأن المتولى لأمر الوصايه كذلك بل لا فرق بينهما، إلا كون الأول منصوبا من قبل الشارع و الثانى من قبل الميت و إلا فهما بالنسبه إلى ما يتصرفان فيه واحد، فكما يراعى العداله فيه من حيث أن الناصب له الشرع، يراعى كذلك فيه من حيث أن الناصب للوصى، فلا ينصب لذلك إلا عدلا.

و الفرق- بأن للموصى التسلط على ماله يدفعه إلى من شاء، و يسلط عليه من يختاره، لتسلط الناس على أموالهم، بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحه، دون ما فيه مفسده- يظهر ضعفه مما مر، فإن الموصى بعد الموت و

انتقال التركه إلى الورثه و فيهم الصغير، و فيها وصايا إلى الجهات العامه و نحو ذلك من التصرفات المحتاجه إلى الوثوق و الائتمان، لا تعلق له بذلك، فتصرفه فيما ذكر، إنما هو تصرف فى مال الغير، لا مال نفسه.

و قيل: و القائل جماعه منهم الفاضل فى المختلف و ابن إدريس فيما حكى عنه و غيرهما لا تعتبر العداله فى الوصى لأن المسلم محل للأمانه، كما فى الوكاله و الاستيداع، و لأنها ولايه تابعه لاختيار الموصى فيتحقق بتعيينه.

و قيل كما فى المسالك: المعتبر عدم ظهور الفسق، لا ظهور العداله، قال: لأنه لا يلزم من عدم أهليه الفاسق للاستيمان و قبول الخبر، اشتراط العداله هنا لوجود الواسطه بينهما، و هو المستور و المجهول الحال، فإنه لا يصح وصفه بالفسق بل يعزر واصفه به، فلا يدخل فى المدلول.

و اشتراط عداله وكيل الوكيل إن أرادوا به اشتراط ظهور عدالته، كما هو المشهور، فهو عين المتنازع فيه، و إن أرادوا به عدم ظهور الفسق، سلمناه، لكن لا يفيد الاشتراط، و بالجمله لا ريب فى اشتراط عدم ظهور فسقه، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث، و الاستدلال عليه- بأن الفسق لما كان مانعا، فلا بد من العلم بانتفائه، و ذلك هو اشتراط

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب أحكام الوصايا.

العداله- واضح المنع، لأن المانع لا يشترط العلم بعدمه فی التأثير، بل عدم العلم بوجوده كاف، كما فی كل مانع.

و حينئذ فالأقوال فی المسأله ثلاثه، و قد اتفقت جميعا علی عدم الفرق بين متعلق الوصايه فی ذلک من ولايه علی قاصر، أو علی أداء حق لازم، أو علی صرف ثلث فی وجوه بر أو نحو ذلک، و لعل خيرها أوسطها ما لم يكن فيه مفسده علی القاصر، لعموم الأدله و إطلاقها، خصوصا ما ورد منها فی وصايه الامرأه(۱)التی من الغالب عدم عدالتها، و فی وصايه ولده و فيهم الصغار و الكبار، و إن الصبی يكون وصايا بذلک عند بلوغه أو قبله، و التصرف عند البلوغ، و غير ذلک من النصوص التی لا ينكر ظهور سياقها فی عدم اعتبار العداله، سيما ما ورد من وصيه الكاظم (عليه السلام) جميع ولده (۲)، و منهم غير العدل، و جعل الولايه بيد علی (عليه السلام) منهم لا يجدی، بناء علی عدم صلاحيه الفاسق للوصايه، و لو مع انضمامه إلی غيره ممن له الولايه عليه.

و دعوی عدم صحه ائتمان الفاسق و الركون إليه واضحه المنع، فإن الفسق قد يكون بما لا مدخليه له فی حفظ المال، و الوصايه ليست ركونا، و مع التسليم فالممنوع من الركون إلی الظالم من الفاسق، لا مطلقا و دعوی كونه ظالما لنفسه، كما تری لا تستأهل جوابا.

و كذا ما ذكر من القياس علی وكيل الوكيل الممنوع اعتبار العداله فيه أيضا، فإن الأمر يتبع اذن الموكل أو مصلحه، و لا ريب فی أن الوصايه فرع ولايه الموصی، و إن لم تكن هی استنابه بمعنی ثبوت الولايه له بعد الموت، و ان الوصی نائب عنه ضروره انقطاعها بعد الموت، و لكن لولايته الثابته حال الحياه قد جوز له الشارع جعل ولی بعد موته فيما له

الولايه عليه، و أدله جواز ذلک عامه أو مطلقه.

نعم هی مخصصه، أو مقيده فی بعض أفرادها، كالولايه علی القاصر و نحوها، بما إذا لم يكن فی ذلک مفسده، أو بما فيه مصلحه من غير فرق فی ذلک بين العدل و الفاسق و كذا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۰ و ۵۳- من أبواب أحكام الوصايا.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۵.

الوكـاله و الوديعه من الحى للطفـل، و دعوى خروج المـال منه كله بـالموت، مـدفوعه بـأن الثلث باق على حكم ماله، فله الولايه عليه على أى نحو شاء، كمـا أن له الولايه، من غير فرق بين العـدل و الفـاسق، كحـال الحيـاه و قبول خبرهمـا فى ذلـك باعتبـار كونهمـا مسـلمين مصـدقين فيمـا يسـندانه إليهمـا خصوصـا مع تكليفهمـا بـذلك، فلا فرق من هـذه الجهه، و التأييـد بـالنصوص المزبوره- يـدفعه أن موضوعهـا تولى عـدول المسـلمين الـذين هـم أحـد الأوليـاء، مع فقـد الحـاكم لا من حيث الوكاله عنه و إلا فالحاكم قد يجوز له، أو يجب عليه توكيل الفاسق إذا اقتضته المصلحه.

نعم قـد يفرق بين العـدل و الفاسق فيما يلزم الموكل و الولى فيه مراعاه المصـلحه أو عـدم المفسـده عند اشـتباه الحال لديه، فإنه حينئـذ بتوكيل العـدل و توليته معذور، بخلاف الفاسق الذى هو مظنه الفساد، لا أنه لا يجوز توليه الفاسق الذى يعلم الصـلاح فى توليته، لكون نفسه بما لا يضر المولى عليه كما هو واضح، بل لو وقع ذلك من الموكل و الموصى، و لم يعلم الحال لا بد لنا من حمل فعلهما على الوجه الصـحيح و هو الـذى يعلم الولى عـدم مفسـدته أو صـلاحه، لا أنه يحمل على معلوم الفساد، كى يحكم ببطلان وصايته.

و من الغريب أن بعض من اشترط عداله الوصـى قال: و أعلم ان هذا الشرط انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى، و يقبل خبره كما يسـتفاد ذلك من دليله لا فى الفعل فى نفسه، فلو أوصى إلى من ظاهره العداله، و هو فاسق فى نفسه، ففعل مقتضى الوصيه، فالظاهر نفوذ فعله و خروجه عن العهـده، و يمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصـى إليه فيما بينه و بينه و فعل مقتضاها، بل لو فعله ظاهرا كذلك لم يبعد الصـحه و ان حكم ظاهرا بعدم وقوعه، و ضـمان ما ادعى فعله، و تظهر الفائده لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين، أو باطلاع الحاكم، نبه على ذلك فى التذكره و الروضه، و هو حسن.

قلت: و قريب منه مـا صـرح فى جـامع المقاصـد، و لا يخفى عليك منافاه ذلك لاشتراط العـداله فى الوصـى، فى سـياق اشتراط العقل، و نحوه مما يقضى بانعدام المشروط بعدمه، و أقصى ما يقال فى دفعه أنه يمكن تنزيله على أن المراد أنها شرط فى صحه الاستنابه، لا فى

صحه النيابه، و أنت إذا تأملت لم تجد لهذا الكلام حاصلا ينطبق عليه ظاهرا من ذكر ذلك شرطا على حسب اشتراط العقل و نحوه.

و أغرب من هذا ما عساه يظهر من بعضهم من الاستدلال على اشتراط العداله بأن الفاسق لا يصلح للولايه على الطفل، و فيه أنه لا خلاف ظاهرا فى ثبوت ولايه الأب و الجد على الطفل، و إن كانا فاسقين، بل فى جامع المقاصد الاعتراف بأن ذلك مقتضى النص و الإجماع و أنه لا دليل على اشتراط العداله.

نعم قال: فيدفع محذور الفسق بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال، اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولايه، عزله و منعه من التصرف فى ماله، و إثبات اليد عليه، و إن ظهر خلافه فولايته ثابته، و إن لم يعلم استعلم بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله، و فيه أنه لم يكون كذلك فى الوصى، و مع وجوب الاستعلام بالاجتهاد و تتبع الأحوال لوجوب حسن الظن بالمسلم، فعله على الوجه الصحيح، و أنه لا يقصر فيما وجب عليه، كما هو مقرر فى محله، هذا كله فى الوصيه إلى الفاسق ابتداء.

أما لو أوصى إلى العدل من حيث كونه عدلا ففسق بعد موت الموصى أمكن ببطلان وصيته بل ينبغى الجزم به، و إن لم نقل باشتراط العداله فى الوصى بلا خلاف أجده فيه، بل عن المهذب و شرح الصيمرى الإجماع عليه إلا من الحلى، و فى جامع المقاصد كأنه لا خلاف فيه لعدم مقتضيها، ضروره كون فرض عباره النصب له من حيث العداله، فمع فسقه لم تشمله عباره النصب، فلا يكون وصيا، و دعوى- أن العداله من الأوصاف التى لا يتغير الموضوع بفقدها- يدفعها وضوح فسادها، إذ الموضوع إن كان الذات مع الوصف فلا ريب فى تغير الموضوع بعدمها، كوضوح فساد دعوى الاكتفاء بالعداله فى ابتداء النصب دون استمراره، لأن الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه، فلم يتحقق الوثوق عند زواله.

نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث العداله، بل من حيث ذاته، ففسق فإن وصيته ثابته، بناء على صحه وصايه الفاسق، بل لعله كذلك أيضا إذا كانت العداله داعيا و باعثا

للوصايه، لكن لم تتعلق الوصايه عليها، لما تقرر غير مره من أن الدواعى لا تقيد أمثال هذه الأسباب، بل قد يقال: أنها كذلك إذا أوصى إلى العدل و لم يعلم منه ملاحظه الوصف على الوجه الأول أو غيره، فإن استصحابها كاف فى الحكم ببقائها، بل لو علم ملاحظه الوصف لكن لا على جهه دورانها معه وجودا و عدما، بل لا حظه غير خاطر فى باله العارى عنه، فإن الاستصحاب أيضا يمكن جريانه ضروره عدم معلوميه عليه الوصف، و محال الاستصحاب غالبا تقرن معها الأوصاف التى لم يفهم عليتها، و منها المقام الذى كان الوصف فيه شبه مفهوم اللقب، و لا يقال: انه لا يجرى باعتبار تغير الموضوع فى الفرض، لما عرفت من أن الموضوع لا يتغير بتغير مثل هذا الوصف، بل التغير يحصل بتغير الذات أو الوصف الذى يجعل مدارا للحكم.

و قد ظهر لك مما ذكرنا أن الظهور فى المقام خمسه و المتجه البطلان فى الأولى التى نزلنا عليها عباره المصنف و ان كان فيه صعوبه، فرارا مما عساه يظهر منها من مساواتها لغيرها التى قد عرفت كون المتجه منه الصحه.

و كيف كان فلا تعود الوصايا بعود الوصف إلا إذا صرح بذلك الموصى، أو ظهر من عبارته، فإن الأقوى جواز مثل هذا النصب لإطلاق الأدله، و مثل هذه الصوره تأتى أيضا فيما لو فسق حال حياه الموصى أيضا، ضروره عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالى الموت و الحياه.

و على كل حال فالمتجه فى الصوره الأولى انعزاله من غير حاجه إلى عزل الحاكم، ضروره تقييد وصايته من الموصى بحال العداله التى تنتفى بانتفائها، فقول المصنف و الفاضل فى القواعد فحينئذ يعزله الحاكم و يستنيب مكانه فى غير محله، اللهم إلا أن يكون المراد، بالعزل قطعه عن التصرفات بعد أن تحقق العزل الشرعى، و الأمر سهل بعد وضوح المقصود، و الله العالم.

و لا تجوز الوصيه إلى المملوك بلا خلاف فيه فى الجمله، بل عليه مطلقا عن صريح محكى الغنيه، و ظاهر التذكره الإجماع، و هو الحجه مضافا إلى أدله الحجر عليه،

و استلزام ذلک التصرف فیه و الانتفاع به بغیر إذن مولاه، لاحتیاج تنفیذ الوصایه إلی أفعال و أقوال، و هو ممنوع منها، إلا أن یکون ذلک باذن مولاه فتصح الوصایه إلیه حینئذ بلا خلاف کما اعترف به فی الریاض، لزوال المانع و حینئذ فلیس للمولی الرجوع فی الأذن بعد موت الموصی، بل و لا قبله إذا کان بحیث لم یبلغه الرد، و بالجمله هو کالحر بالنسبه إلی ذلک، أو مکاتبا مبعضا للموصی أو غیره عند الشیخ و ابن حمزه و الحلی و المختلف، خلافا للمفید و الدیلمی فجوزوا الوصیه إلی من عدا القن، أما مطلقا کما یظهر من المختلف و الدروس، أو إذا کان عبد نفسه کما یستفاده من التنقیح، و مال إلیه الصدوق لحریه المدبر حال المباشره، و لزوم الکتابه و تصرف المکاتب من غیر حجر، و لا یخلو عن قوه، لعمومات الکتاب و السنه، الناهیه عن تغییر الوصیه، و سلامتها فی المفروض عما مر من الأدله المانعه لما ذکر.

قلت: قال فی الدروس: «خامسها اذن المولی، لو أوصی إلی عبد الغیر أو مکاتبه أو مدبره أو أم ولده، و لو أوصی إلی عبد نفسه أو مدبره أو مکاتبه أو أم ولده لم یصح عند الشیخ، و جوز المفید و سلار الوصیه إلی المدبر و المکاتب مطلقا، و لعله لیست کما حکی عنهما فی الجمله، و الموجود فی المقنعه، و لا یوصی إلی العبد، لأنه لا یملک مع سیده أمرا، و لا بأس بالوصیه إلی المدبر و المکاتب، و فی المراسم: و لا یوصی إلی العبد إلا من کان منهم مکاتبا أو مدبرا فتأمل.

و کیف کان فقد أطلق المصنف و غیره أیضا عدم جواز وصیه المملوک الشامل لذلک کله و غیره، بل الظاهر عدم الفرق فیه بین مملوک نفسه و مملوک غیره، و قوله «الا بإذن مولاه» لا یقتضی باختصاص المستثنی منه فی الثانی لغه و لا عرفا، و إن کان لا یتصور إخراجه منه باعتبار اقتضاء الوصیه إلیه الاذن فی قبولها، لکن قد یقال: إن إذنه لا تجدی، لأن أثر الوصایه بعد الموت الذی ینقطع به ملکه، أو ینتقل إلی غیره.

و دعوی- أن ذلک من الوصیه بمنافعه فلیس للوارث الاعتراض- واضحه الفساد ضروره عدم کون ذلک منها بعد عدم قصدها.

و من هنا کان مقتضی ما حکاه المفروغیه من عدم جواز وصیه القن و لو کان عبد نفسه، و أن الخلاف فی غیره، و کأنه قدس سره مال إلی الجواز، بناء منه علی أن مدرک المنع ما سمعت

من الحجر علیه، و اقتضاء الوصایه التصرف فیه، و هما مفقودان فی الفرض، فتبقی العمومات سالمه عن المعارض.

و فیه: أنه یمکن أن یکون الدلیل الإجماع المحکی المعتضد بظاهره و بإطلاق الأکثر و بإطلاق

قوله (علیه السلام) «لا وصیه لمملوک (۱)»

فی خبر ابن الحجاج الذی لا قرینه علی اختصاصه بالوصیه التملیکیه، بل هو شامل لذلک و لجعل الولایه له، و بمعلومیه قصور العبد عن هذا المنصب الذی من الواضح الفرق بینه و بین الوکاله، بل لو لا الإجماع علی

الصحه بإذن السید، لأمکن القول بالمنع معها أیضا، کما عن الشافعی و جمع من العامه، سیما الولایه علی الطفل مثلا، لقصوره عنه کالملک الذی لا یجدی فیه إذن السید، بل لعل الولایه أعظم منه من غیر فرق بین مملوک السید بأقسامه و غیره، و وجود القابلیه له فی المدبر مثلا بعد الموت لا یجدی مع فقدها حال الوصیه کما أنه لا یجدی التبعیض أیضا، و ان أجدی فی الملک، لعدم قابلیه الولایه التوزیع کالملک، فتأمل.

نعم لو أوصی إلیه معلقا ذلک علی حریته، أمکن الجواز، بناء علی قبول الوصایه مثل هذا التعلیق کما عرفته فیما تقدم، و الله العالم.

و مما یعتبر فی الوصی البلوغ بلا خلاف أجده فیه ف لا تصح الوصیه إلی الصبی منفردا لقصوره بالصبا السالب لأقواله و أفعاله عن منصب الوکاله، فضلا عن الوصایه التی قد عرفت أنها أعظم منها باعتبار کونها ولایه بخلافها، بل لا یتعقل ثبوت السلطنه لغیر الممیز من الصبیان علی الممیز منهم.

و لکن قد ورد فی خبرین معتبرین بفتوی الأصحاب علی وجه لا یعرف فیه خلاف بینهم، أنه تصح وصایته منضما إلی البالغ الکامل و و لکن لا یتصرف الصبی إلا بعد بلوغه و إنما فائده نصبه جواز تصرفه بعد البلوغ علی وجه یکون شریکا للبالغ.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

قال

على بن يقطين(۱): «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه و شرك فى الوصيه معها صبيا؟ فقال: يجوز ذلك، و تمضى المرأه الوصيه، و لا تنتظر بلوغ الصبى، فإذا بلغ الصبى فليس له إلا الرضا و إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فان له أن يرده إلى ما أوصى به الميت».

وقال الصفار(۲)كتبت إلى أبى محمد (عليه السلام): «رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا، و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته، و يقضوا دينه ان صح على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع (عليه السلام): نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم، و لا يحبسوه بذلك».

و منهما يعلم الحكم فيما ذكره المصنف و غيره من أنه لو أوصى إلى اثنين مثلا- أحدهما صغير و الآخر كبير تصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير و لأنه وصى فى الحال منفردا إذا الشريك معه بعد البلوغ، كما لو قال: أنت وصيى فإذا حضر فلان فهو شريكك، و من ثم لم يكن للحاكم أن يداخله و لا أن يضم إليه آخر، نائبا عن الصغير.

نعم عند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد لحصول الشريك له حينئذ، كما لو أوصى إلى اثنين كاملين ابتداء على ما ستعرف، هذا.

و فى المسالك و غيرها أن صحه الوصيه إلى الصبى منضما على خلاف الأصل، لأنه ليس من أهل الولايه، و لكن جاز ذلك للنص، فلا يلزم مثله

فى الوصيه إليه مستقلا و ان شرط فى تصرفه البلوغ، و كان ذلك فى معنى الضم، وقوفا فيما خلاف الأصل على مورده، و لأنه يغتفر فى حال التبعيه ما لا يغتفر استقلالا.

قلت: قد عرفت سابقا ما يقتضى أن الأصل جواز نصب الصبى وصيا إذا علق ذلك على بلوغه رشيدا، ضروره كونه للعمومات و أن الوصايه كالأماره لا يقدح فيها التعليق و نحوه، و لذا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

جاز الوصيه إلى المجنون الأدوارى، و جاز الإيصاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو، و إلى ولده إن بلغ رشيدا، كما نص عليه فى الدروس، و كذا فى القواعد، و حينئذ فالمتجه كون المنضم على الوجه المزبور على وفق الأصل لا على خلافه، بل المتجه جواز الانضمام كذلك و الاستقلال إن لم يقم إجماع على خلافه، و دونه خرط القتاد.

و دعوى أن محل البحث الوصايه فعلا، لا المعلقه على البلوغ، و قد ثبت فى المنضم للخبرين السابقين، دون المستقل الذى لا ريب فى مخالفه وصايته الفعليه للأصل، لعدم قابليته للولايه، و بذلك صح للمصنف و غيره الفرق بين وصايه المنضم و المستقل.

واضحه الفساد، ضروره عدم صحه الوصايه فعلا للمنضم أيضا، و لا صراحه فى الخبرين بذلك بل و لا ظهور، بل لعل ظاهر هما خلافه، و إلا كان شريكا فعلا و توقف التصرف فى المال إلى بلوغه، أو يقوم وليه مقامه، أو يضم الحاكم نائبا عنه و الجميع مخالف لما عرفت من النص و الفتوى، بل قد يقال ببطلان وصايه الموصى ان صرح بوصايه الصبى فعلا، لعدم مشروعيتها، و هو معنى اشتراطهم البلوغ فى الوصى الذى مقتضاه انعدام المشروط بانعدامه.

نعم لو صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير صح،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»

بل الظاهر الصحه أيضا مع التصريح بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير لذلك، كما هو صريح القواعد و الدروس و جامع المقاصد، بل يصح غير ذلك من الشرائط التى لم تحلل حراما، و لا تحرم حلالا، و لا تخالف كتاب و لا سنه، كالترتيب فى الوصيه بأن يقول: أوصيت إلى زيد، فإن مات فإلى عمرو، و نحو ذلك، و

عن فاطمه (عليها السلام)(۱)«أنها أوصت فى وقفها إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فإن حدث به حدث فإلى ولديها»

و قد تقدم سابقا أن الوصايه قريبه من التأمير، كما اعترف به فى جامع المقاصد.

و قد

روى أن النبى (صلى الله عليه و آله) قال (۲)«الأمير زيد، فان قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحه».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۱.

۲- ۲ المغازى للواقدى ج ۲ ص ع ۷۵.

و بذلک کله یعلم أن موضوع المسأله فی المتن و غیره ما لو أطلق الوصایه إلی الصغیر و الکبیر، فإنه الذی حکمه تصرف الکبیر حتی یبلغ الصغیر، فیشارکه، و أنه لیس للصغیر الاعتراض علیه فیما تصرف فیه الکبیر سابقا علی بلوغه کما عرفته و تعرفه فیما یأتی إن شاء الله تعالی فتأمل جیدا.

فإنه قد ظهر لک عدم الفرق بین الممیز و غیره فی المسأله، و لا بین البالغ خمس سنین و غیره، و إن کان ظاهر

زیاد بن أبی الحلال (۱)الثانی: قال: «سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رسول الله (صلی الله علیه و آله) هل أوصی إلی الحسن و الحسین (علیهما السلام): مع أمیر المؤمنین (علیه السلام)؟ قال:

نعم قلت: و هما فی ذلک السن؟ قال: نعم و لا یکون لغیرهما فی أقل من خمس سنین»

لکن لم أجد عاملا به، بل ظاهر غیره من النصوص و الفتاوی خلافه، و الله العالم.

و کیف کان ف لو مات الصغیر، أو بلغ فاسد العقل، کان للعاقل الانفراد بالوصیه، و لم یداخله الحاکم لأن للمیت وصیا مستقلا، لعدم شریک له الکون الفرض موت الصبی قبل البلوغ الذی هو شرط صحه نصبه وصیا، و کذا الکمال فلم یشارکه أحد فی وصایته، و لا وجد ما یزیلها فهی مستصحبه علی الحال الأول، لکن و مع ذلک تردد فیه فی الدروس من ذلک، و من دلاله لفظ الوصی علی الضم فی وقت إمکانه

عاده، بل فی الریاض أنه الأظهر لقوه دلیله، قال: «و ینبغی القطع به فیما إذا بلغ الصبی رشیدا ثم مات بعده و لو بلحظه، لانقطاع الاستصحاب الأول حینئذ بلا خلاف، و تبدله باستصحاب عدم الاستقلال، فیتبع».

قلت: کیف ینبغی القطع به مع أن أقصاه صیرورته کالوصیه إلی اثنین کاملین ثم مات أحدهما، و ستعرف أن المشهور بین الأصحاب استقلال الباقی، و أنه لا یضم إلیه الحاکم.

و منه یعلم ضعف القول به فی الفرض الذی هو مرجوح بالنسبه إلی ذلک قطعا ضروره عدم حصول الشریک للوصی أصلا، بل یمکن القطع بکون مراد الموصی الشرکه له إذا بقی و بلغ قابلا للشرکه، و من هنا جزم المصنف و غیره باستقلال الکبیر فی الفرض و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

و قد ظهر لک من ذلک الحکم فی جمیع أطراف المسأله حتی ما ذکره المصنف و غیره و نص علیه فی الخبرین السابقین، بل لا أجد فیه خلافا من أنه لو تصرف البالغ ثم بلغ الصبی لم یکن له نقض شی ء مما أبرمه فی الزمن السابق الذی لا شرکه له فیه؟

إذ لا ریب فی ظهور عباره الموصی فی إراده الوصایه للکبیر و أنه إذا بلغ الصبی شارکه، فلیس له نقض شی ء من ذلک إلا أن یکون مخالفا لمقتضی الوصیه بل مثله منقوض لنفسه، لا یحتاج إلی نقض کما هو واضح.

و من الغریب ما فی القواعد، فإنه بعد أن ذکر ما هنا بتمامه، قال: «و هل یقتصر البالغ من التصرف علی ما لا بد منه؟ نظر» و هو مناف لإطلاق النص و الفتوی، بل و لما هو کالصریح من خبر علی بن یقطین (۱)فلاحظ و تأمل.

بقی الکلام فی شی ء لم أجد تصریحا به من أحد، و هو لو مات الکبیر مثلا قبل بلوغ الصبی و المتجه علی ما قلناه صحتها لو بلغ، و إن رجع الأمر إلی الحاکم قبل البلوغ فإذا بلغ استقل فی وجه، و داخله الحاکم فی آخر، و أما احتمال بطلان وصایه الصبی- و لو بعد البلوغ، باعتبار اشتراط صحتها ابتداء، و استدامه بالانضمام المفروض انعدامه قبل البلوغ- فهو واضح الضعف- لمنافاته الاستصحاب و غیره.

نعم قد یشکل تولی الحاکم الأمر قبل البلوغ- بناء علی ما عساه یظهر من بعضهم من ثبوت الوصایه للصبی حال الانضمام و إن لم یجز له التصرف،- بأنه لا ولایه له مع وجود الوصی، فالمتجه له حینئذ الانتظار إلی البلوغ، إلا فیما لا بد منه، إلا أن ذلک کما تری، ضروره عدم تعقل ثبوت ولایه و سلطنه للطفل علی غیره، سیما إذا کان ممیزا و هو غیر ممیز، کما هو مقتضی إطلاق کلامهم هذا.

و قد عرفت سابقا أن من شرائط الوصی الإسلام ف لا تجوز حینئذ الوصیه من المسلم إلی الکافر و لو کان رحما بلا خلاف کما فی الریاض لقصوره عن منصب الولایه عن المسلم و علیه، إذا

(۲)«الْمُؤْمِنُونَ (وَ الْمُؤْمِناتُ) بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ ، بل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

۲- ۲ سوره التوبه الآیه- ۷۱.

قال الله تعالى (۱)«لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكافِرِينَ أَوْلِياءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْ ءٍ» إلى آخر الآيه و قال جل شأنه: أيضا(۲)«وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و من هنا أطلق المصنف- و غيره عدم وصايته عن المسلم من غير فرق بين تعلقها بالمسلمين و ما فى حكمهم أو غيرهم.

نعم يجوز أن يوصى إليه أى الكافر مثله فى الكفر كما صرح به غير واحد، بناء على عدم اشتراط العداله، بل و على اشتراطها، بناء على اراده الوقوف من اشتراطها، و يكفى حينئذ عدالته فى دينه، إذ الغرض صيانه مال الطفل، و أداء الأمانه، و هو يحصل بالعدل منهم، فما فى الروضه- «من أن الأقوى المنع، بالنظر إلى مذهبنا، و لو أريد صحتها عندهم و عدمه، فلا غرض لنا فى ذلك، و لو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم و إلا فاللازم الحكم ببطلانها بناء على اشتراط العداله فى الوصى، إذ لا وثوق بعدالته فى دينه، و لا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام» لا يخلو من نظر، لحصول الوثوق وجدانا بل ربما يحصل الوثوق ببعض عدولهم أكثر مما يحصل عدول المسلمين سيما المخالفين منهم، و مخالفه أفعالهم لكثير من أحكام الإسلام تنافى عدالته فى دينه.

و لعله لذا قال فى المسالك: «و يحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته فى دينه، لأن الغرض منها صيانه مال الطفل و حفظ ماله و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر فى دينه مجانبا للمحرمات، قائما بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين، و إن كان فيه أيضا أنه يمكن فرض الوثوق بفاسق المسلمين، كما عرفته سابقا هذا.

و قد يقال فى أصل المسأله يمنع اشتراك الكفار مع المسلمين فى هذا الحكم و إن قلنا به فى غير المقام، لاختصاص الدليل بالنهى عن اتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء، دون الكافرين بعضهم مع بعض، بل مقتضى الآيه الأخرى (۳)كونهم كذلك، و حينئذ فحمل عباره المصنف و غيره- «صحه وصيه الكافر إلى الكافر»- على إراده الإلزام بما فى مذهبه و إن كان فاسدا عندنا- خلاف الظاهر.

۱- ۱ سوره آل عمران الآيه ۲۸.

۲- ۲ سوره النساء الآيه ۱۳۱.

۳- ۳ سوره الأنفال الآيه ۷۳.

نعم ينبغی تقييد ذلک كما عن جماعه بما إذا لم يستلزم ذلک ولايه علی مسلم لما عرفت، و لو أوصی الكافر إلی المسلم صح، و تصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره، كالخمر. و الله العالم.

و لا يعتبر فی الوصی الذكوره، و لا البصر و لا كونه غير وارث بلا خلاف فيه بيننا ف تجوز الوصيه حينئذ إلی المرأه إذا جمعت الشرائط و كذا الأعمی و الوارث، لإطلاق الأدله و عمومها، و الإجماع بقسميه، و خصوص خبر علی

بن يقطين (۱)السابق فی الوصيه إلی المرأه و الطفل، فما عن بعض العامه- من الخلاف فی ذلک لبعض الوجوه الاعتباريه التی لا تصلح مدركا للأحكام الشرعيه عندنا- واضح الفساد و عليه يحمل

مرسل السكونی (۲)عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «المرأه لا يوصی إليها، لأن الله تعالی يقول «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمْ»»

أو علی فقد شرط من الشرائط السابقه، أو غير ذلک و الله العالم.

و لو أوصی إلی اثنين فصاعدا جاز إجماعا بقسميه، و سنه عموما و خصوصا، فإن أطلق أو شرط اجتماعهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشی ء من التصرف بلا خلاف أجده فی الثانی سواء ذكر الاجتماع شرطا فی التصرف، أو جعل الولايه لهما مجتمعين، فإن الظاهر جوازه أيضا، لإطلاق الأدله السالم عما يقتضی الاتحاد فی الوصی، بل لعل ذلک هو المراد من شرط الاجتماع فی العباره و غيرها، بل ستعرف فيما يأتی التصريح من ثانی الشهيدين و غيره بأن كلا منهما فی صوره الاجتماع جزء ولی، و عليه يبنی ما قيل: من بطلان الوصيه برد أحدهما، و إن قبل الآخر.

و علی كل حال فلا إشكال كما لا خلاف فی عدم جواز تفرد أحدهما فی هذه الصوره، إنما الكلام فيما إذا أطلق، و لم يكن فی اللفظ ما يدل علی الاستقلال، و لا علی الاجتماع، و المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه مساواتهما،

فی الحكم لصوره الاجتماع، لكونه المتيقن، بناء علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

دوران الأمر بينه و بين الانفراد الترخيصى لا العزيمى، و لتساويهما فى استحقاق الولايه، فهى العين الموصى بها لاثنين مثلا، المحكوم باشتراكها بينهما، فكذا الولايه المجعوله لهما، ضروره تصور الاشتراك فيها على وجه يكون مجموعهما الولى.

و لظاهر

الصحيح (۱)«فى رجل مات و أوصى الى رجلين، أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركه، و الآخر بالنصف؟ فوقع (عليه السلام) لا ينبغى لهما أن يخالفها الميت و يعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله».

المؤيد

بالرضوى بناء على كونه روايه(۲)«و إذا أوصى رجل الى رجلين، فليس لهما أن ينفرد كل واحد منهما بنصف التركه، و عليهما إنفاذ الوصيه على ما أوصى الميت».

بل و ب

خبر صفوان بن يحيى (۳)«سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل كان لرجل عليه مال، فهلك و له وصيان فهل يجوز أن يدفع المال الى أحد

الوصيين؟ فقال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال، فوضع على يد هذا النصف، و على يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»

بناء على أن المراد سلطان العدل.

و المناقشه فى الأول- باشتماله على لفظ لا ينبغى، الذى هو غير صريح فى الحرمه- يدفعها أنه لا بد من إراده ذلك منه هنا، و أن قلنا بعدم صراحته فى غير المقام، باعتبار جعل الانفراد فيه مخالفه للميت، و الاجتماع عملا بأمره، و من المعلوم حرمه المخالفه المزبوره، و وجوب العمل بأمره، و إلا كان تبديلا للوصيه المعلوم عدم جوازه كتابا، و سنه، و إجماعا، على أن قوله «و يعملان» معطوف على جمله لا ينبغى لا على متعلقها، فيكون أمرا بالعمل بمقتضى امره المكنى به عن الاجتماع، و إلا لم يكن الجواب مطابقا للسؤال.

نعم فيما حضرنى من نسخه الكافى «و أن يعملا» إلى آخره، و حينئذ يكون معطوفا على سابقه، إلا أن المقدر حينئذ من العامل فيه- لو سلم أنه- ينبغى، وجب إراده الوجوب منه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ المستدرك ج ۲ ص ۵۲۶.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

لما عرفت، كل ذلك مضافا الى الانجبار بفهم المعظم و الاعتضاد بما عرفت.

و لا ينافيه

الموثق (۱)«أن رجلا مات و أوصى الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما ترك، و أعطنى نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك فقال ذلك له»

لإجماله و بناء المنافاه فيه على رجوع الإشاره إلى القسمه، و الضمير المجرور الى الطالب، مع أنه يحتمل رجوع الإشاره إلى الإباء، و الضمير الى المطلوب، بل لعل هذا أولى، كما عن المختلف و غيره، لقرب مرجع الإشاره، و موافقته لما عرفت.

و دعوى أولويه العكس- لوضع ذلك للإشاره إلى البعيد- يدفعها معلوميه عدم ملاحظه ذلك فى استعمالهما فى أمثال هذه الخطابات التى يراد منها محض التفهيم، بل فى الرياض أنه يدفعها توقف ذلك على وجود اللام، و هى فى نسخه الكافى و الفقيه مفقوده.

نعم فى نسخه الشيخ موجوده، لكنها مرجوحه بالنسبه إلى تلك النسخه سيما مع وحدتها و تعدد تلك، مع كون الأصل لها، و هى منها مأخوذه، و على تقدير تكافؤ النسختين يبقى الاجمال بحاله، لعدم المرجح لأحدهما فى البين، و الأمر سهل بعد وضوح الحال لديك.

و منه يعلم ضعف المحكى عن ظاهر النهايه أتى ليست كتاب فتوى، و القاضى من جواز الانفراد فى صوره الإطلاق، و لعلهما يريدان أن ما لو قال: «لكل منهما» بعباره مستقله أنت وصيى على كذا، فإنه ظاهر حينئذ فى جواز الانفراد، كما فى الوكاله، و إن كان هو خارجا عن محل

النزاع، بل قد يقال بعدم ظهوره فى ذلك، كما هو مقتضى إطلاق العباره و غيرها.

بل فى القواعد و الدروس و غيرهما ما هو كالصريح فى ذلك، فى مسأله ما لو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو، قال فى القواعد «و لو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو لم يكن رجوعا، و لو لم يقبل عمرو انفرد زيد، و لو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا مع قرينه داله على الرجوع أو التفرد» و قال فى الدورس: «و لو أوصى الى زيد ثم الى عمرو اشتركا و لا انفراد، و لا يعزل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳ الفقيه ج ۴ ص ۱۰۱ الكافى ج ۲ ص ۲۴۷ الطبعه الأولى.

الأول بالوصيه الى الثانى، و لو قبل أحدهما دون الآخر قيل: يتصرف وحده، بخلاف ما لو أوصى إليهما معا، فإنه ينعزل القابل برد صاحبه، و فى الفرق نظر، لأن الضم قد حصل فى الموضعين، فإن كان شرطا ثبت فيهما و إلا انتفا فيهما» و تبعه على ذلك المحقق الثانى، بعد أن حكى القيل المزبور عن التذكره.

قلت: قد يفرق بينهما بظهور المعيه فى وصايه المجتمعين و كونهما معا الوصى بخلاف غيره، فإنه ظاهر فى الاستقلال، حتى لو قبلا معا، فان تعدد الأولياء كما هو ظاهر العباره غير عزيز، و كذا الكلام فى الوكاله و لو سلم فالمراد شركته على تقدير قبوله، نحو ما لو قال لزيد أوصيت إليك، ثم قال ضممت إليك عمروا، فإنه كما فى القواعد ان قبل عمرو شارك، و إلا استقل زيد، و لو قبل عمرو خاصه لم يكن له الانفراد لو جعله مضموما، و هل ينعزل أو يضم إليه الحاكم؟ فيه نظر، كما فى الدروس، و جزم الفاضل بالثانى.

و على كل حال فالإنصاف اختلاف ذلك باختلاف الأزمنه و الأمكنه و الأحوال، التى ليس من وظائف الفقيه تنقيحها، و التحقيق ما عرفت، و منه يعلم أن الناظر المستعمل فى زماننا ليس وصيا مستقلا، بل و لا شريكا فى الوصايه لعدم ظهور عباره الموصى فيه بل لعلها ظاهره فى إراده الصرف باطلاعه، و قد تعرض له بعض الأصحاب كالمحقق الثانى حيث قال:

«و يجوز أن يوصى الى واحد، و يجعل آخر مشرفا عليه، و لا يكون للمشرف شى ء من التصرفات لكن يشترط صدورها عن اذنه، و لو امتنع، فهل يستقل الوصى؟ فيه وجهان أقربهما لا، بل يرفع الأمر إلى الحاكم».

قلت: التحقيق فيه كونه أيضا مختلفا باختلاف الأشخاص و الأزمنه و الأمكنه و الأحوال، و من هنا لم يمكن ضبطه بحال، فإنه قد يراد اطلاعه فقط، لئلا يخون الوصى، و قد يراد نظره فى الصرف و المصرف، و قد يراد غير ذلك، و الحكم يختلف باختلافه، حتى مدخليه الحاكم فيما لو مات أو جن مثلا، و عدمها، ثم المراد باجتماعها اتفاقهما على الرأى على وجه يحكمان بكونه مصلحه، و إيقاع العقد لو احتيج إليه عن رأيهما بمباشره أحدهما، و إذن الآخر، أو غيرهما بإذنهما.

و على كل حال ف لو تشاحا على وجه لا ينافى عدالتهما، بناء على اعتبارها، لتخيل كل منهما الصلاح فى ضد ما يقوله الآخر لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه، إلا ما لا بد منه، مثل كسوه اليتيم و مأكوله و الرقيق و الدواب و إصلاح العقار، و شراء كفن الميت، و نحو ذلك مما لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق، بل عن بعضهم زياده قضاء ديونه، و إنفاذ الوصيه المعينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، و الخصومه عن الميت، و له عن الطفل، و له الحاجه، و رد الوديعه المعينه و العين المغصوبه.

و فى القواعد الفرق بين صورتى الإطلاق، و النهى عن الانفراد، فيجوز ذلك، فى الأول، و لا يجوز فى الثانى، و فيه أنه لا فرق بينهما بعد تنزيل الإطلاق على عدم جواز الانفراد إلا بالظهور و الصراحه، و ذلك لا يصلح فارقا، كما أنه قد يناقش فيما قبله بأن ذلك لا ضروره تقتضى فعله قبل الرجوع الى الحاكم، أو عدول المؤمنين، بل الأول أيضا كذلك، فالمتجه ما عن المبسوط و الحلبى من عدم جواز الانفراد مطلقا حتى فى كسوه اليتيم و مأكوله امتثالا لنهى الموصى عنه.

نعم قد يتجه ذلك فيما تشتد الضروره إليه، على وجه لا يمكن الوصول الى الحاكم أو من يقوم مقامه، فيتولاه حينئذ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبه لا من حيث الوصايه، و لعل الضابط ذلك، و هو خارج عما نحن فيه من انفراد أحدهما من حيث الوصايه.

و كيف كان فلا ريب فى أن- للحاكم الشرعى المعد لحسم أمثال ذلك جبرهما على الاجتماع مع الإمكان من غير استبدال، لعدم ولايه له فيما فيه للميت وصى، و عن الحلبى أنه يرد الحاكم إلى أعلمهما و أقومهما، و يجعل الثانى تبعا له.

و أشكل بأن فيه تخصيصا لأحدهما بالنظر، و قد منعه الموصى، و قد يدفع بأن المراد الإجبار على الاجتماع الذى منه رد غير الأعلم إلى الأعلم، و نحو ذلك مما مرجعه الى رد المرجوح فى نظر الحاكم الى الراجح، و لعله بذلك لا يكون منافاه بين القولين.

فان تعاسرا على وجه يتعذر جمعها جاز له الاستبدال بهما حذرا من الترجيح بلا مرجح، و صونا لوصايا الميت عن التعطيل، و حفظا للمال عن التلف، و لبقاء

المال بلا- ولى بعد فرض تعذر الاجتماع الذى هو شرط ولايتهما فينتفى المشروط بانتفائه، و يكون حينئذ وجودهما بمنزله عدمهما.

و فى الدروس «و له عزل أحدهما و الضم إليه، و ليس له جعله منفردا» و قال الحلبى «له جعله منفردا إذا كان أعلم و أقوى، فيتبعه الباقون من الأوصياء» هذا و لكن فى الروضه «كذا أطلق الأصحاب، و هو يتم مع عدم اشتراط عداله الوصى، أما معه فلا، لأنهما بتعاسرهما يفسقان، لوجوب المبادره إلى إنفاذ الوصيه مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصايه، و يستبدل بهما الحاكم، فلا- يتصور إجبارهما على هذا التقدير، و كذا لو لم نشترطها، و كانا عدلين، لبطلانها بالفسق حينئذ على المشهور نعم لو لم نشترطها، و لا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاح».

و فيه أن تشاحهما إذا كان مستندا الى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحه لا التشهى و المعائده لا يقتضى الفسق. لكن يرد حينئذ أن جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع محل نظر، فاشتراط العداله لا يتم مع التعاسر الذى كان للحاكم معه إجبارهما، و قد يدفع كما فى بعض حواشى الروضه- بأنه لا- مانع من التزام جواز جبر الحاكم لهما بما هو الأصلح عنده فى نظره، و مع التساوى يتخير، و هذا لا- ينافى عدالتهما و فيه أن جبر الحاكم لا يكون إلا مع امتناع المخالف على ما يجب عليه، و مع فرض عدالتهما و كون تكليفهما الرجوع الى الأصلح فى نظر الحاكم لا امتناع منهما، فلا جبر، فالأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما فى التعاسر المفروض، كما أن الأولى التصريح بالتفصيل على القول باشتراط العداله، بأن التشاح إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما، و إن كان يوجب الاختلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن إصرا على ذلك، إذا لم يثبت كونه من الكبائر، و لعله مراد من أطلق ممن اشتراطها من الأصحاب.

و على كل حال ف لو أراد قسمه المال بينهما حيث يجب عليهما الاجتماع لم يجز بلا خلاف و لا إشكال، لأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف و لو مرض أحدهما أو عجز على وجه لا يقوى على القيام بتمام ما أوصى

إليه، و لو بالتوكيل و الاستيجار ضم إليه الحاكم من يقويه و يعينه على ما كلف به على حسب ما تسمعه فى شرح قوله «و لو ظهر من الوصى عجز» الى آخره.

و فى الدروس: إطلاق كون الضم الى الآخر بالعجز، لا إلى العاجز، بل عن الكفايه أن ذلك هو الأشهر، و تظهر الثمره فى وجوب قيام ثلاثه على التصرف فى الوصيه على الأول، و اثنين على الثانى، و فى المسالك «إمكان حمل كلامه على العجز بالكليه لا فى الجمله، و هو جيد، و إلا لأشكل بأن العجز فى الجمله لا يخرج الوصى عن الوصايه، لجواز الوصيه إلى العاجز كذلك ابتدأ.

بل عن التذكره و جامع المقاصد الإجماع عليه، فكذا فى الاستدامه بل أولى من الابتداء بذلك كما هو واضح.

أما لو مات أو فسخ مثلا على وجه ينعزل عن الوصايه لم يضم الحاكم الى الآخر، و جاز له الانفراد كما عن الأكثر على ما فى محكى

الشرائع للصيمرى و الكفايه لأنه لا ولايه للحاكم مع وجود وصى و شرطيه الشركه- التى مقتضاها انتفاء المشروط بانتفائها، فتنتقل الولايه إلى الحاكم- مقيده بحسب العرف و العاده ببقاء كل منهما على قابليه الوصايه، فكأنه قال: كل وصى على الاشتراك بشرط بقاء كل منهما عى قابليه الوصايه، و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت و من أن ظاهر الشرطيه عدم رضى الموصى برأى أحدهما منفردا، و الوصى إنما هما معا، لا أحدهما منفردا، فلا بد أن ينضم إليه أمين، و من هنا كان ذلك خيره الفاضل فى قواعده و محكى إرشاده و تحريره و الشهيدين، و فاضل الرياض، بل هو المحكى عن فخر الدين و جماعه.

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، بعد ما عرفت من تقييد الاشتراط بذلك، و إلا كان مقتضى ما ذكروه انتفاء وصايه الآخر أيضا، ضروره كونها مشروطه بشرط، و الفرض انتفاؤه فيستقل الحاكم بالوصايه، و بقاء أحدهما كعدمه حينئذ لعدم الاذن له فى هذه الحال كما لو تشاحا.

و من ذلـك يعلم الحـال فيمـا فرعه فى الرياض على الثانى بعـد ان اختاره «من أنه هل للحاكم أن يفوض جميع الولايه الى الثانى منهما بـدلا عن الضـميمه، تنزيلا له مقامها، وجهان: من أن النظر قد صار للحاكم، فيولى من اختاره، و من أن الموصـى لم يرض برأى الآخر على الانفراد، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه، و إلا لزم التبديل المنهى عنه فى الشريعه، و هذا أجود، بخلاف ما لو حصل لهما معا العجز أصـلا، فإن للحاكم أن ينصب من قبل الموصـى، و لم يرض برأيه منفردا كما مضـى، و هنا قـد انقطع نظره لعجزهمـا و صار النظر إليه، كملا، فله نصب من شاء و لو واحـدا- إذ لا يخفى عليك أن الموصـى لم يرض برأى أحـدهما إلا مجتمعا مع خصوص الآخر، فإذا تعذر انتفت الوصايه من رأس، و استقل الحاكم، لا أنه يريد انضـمامه إلى شـخص آخر، أى شخص يكون، كى يقوم أمين الحاكم مقامه، و هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم قوه مـا عن الأـكثر على مـا عرفت، من تقييـد الشـرطيه بحال الإمكان، و إلا انفرد الآخر، و لكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه، ز و الله هو العالم.

و على كل حال ف لو شـرط لهما الاجتماع و الانفراد بمعنى أنه قد أذن له فى كل منهما كان تصـرف كل واحد منهما ماضـيا و لو انفرد للاذن و كذا يجوز أن يقتسـما المال و يتصـرف كل واحد منهما فيما يصـيبه و فيما فى يد صاحبه كما يجوز انفراده قبل القسـمه بلا خلاف و لا إشـكال فى شـى ء من ذلك، لكون الفرض شـمول الاذن، أما لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع حينئذ نظر، من مخالفه الشرط، فلا يصح، و من اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأى كل منهما، و شرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل منهما، و هو حاصل إن لم يكن هنا آكد، فيكون شرط الانفراد رخصه لا تضييق.

و فى الرياض «و هـذا ظاهر العباره» و الروضه «و هو حسن حيث تقوم قرينه على كون اشتراط الانفراد رخصه لا عزيمه، و مع هذا لو حصـل لهمـا حـال الاجتمـاع نظر مخـالف له حاله الانفراد ينبغى القطع بالمنع، لجواز كون المصـيب حاله الانفراد، و لم يرض الموصى إلا به».

قلت: کما أنه ینبغی القطع بمراعاه الانفراد، و عدم التردد فی الرأی مجتمعین مع اشتراط الانفراد الذی لم تقم قرینه علی إراده الرخصه منه، فان ذلک بمنزله ما لو نهاهما عن الاجتماع، فإنه لا إشکال فی أتباعه عملا بمقتضی الوصیه المنهی عن تبدیلها، و الله هو العالم.

و کیف کان ف للموصی إلیه أن یرد الوصیه و إن کان قد قبلها ما دام الموصی حیا، بشرط أن یبلغه الرد کم أن للموصی عزل الوصی بلا خلاف أجده فی الثانی، للأصل و المعتبره المستفیضه(۱)فی جواز الرجوع فی الوصیه، الشامله إطلاقا فی بعض و فحوی فی آخر لمفروض المسأله.

بل و فی الأول من غیر الصدوق فی خصوص ما إذا کان الموصی أبا، أو کان الأمر منحصرا فیه، أی الموصی إلیه، فلم یجز الرد فیهما ل

مکاتبه علی بن الریان (۲)إلی أبی الحسن (علیه السلام) «رجل دعاه والده إلی قبول وصیته، هل له أن یمتنع من قبول وصیته؟

فوقع (علیه السلام) لیس له أن یمتنع».

و مفهوم

صحیح ابن یسار عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل یوصی الیه، فقال: إذا بعث بها إلیه من بلد، فلیس له ردها، و إن کان فی مصر یوجد فیه غیره فذاک إلیه (۳)».

و نحوه غیره، و عن المختلف المیل إلیه، مؤیدا للأول بأن امتناع الولد نوع عقوق و الثانی بأن من لا یوجد غیره یتعین علیه، لأنه فرض کفایه إلی أن قال: و بالجمله أصحابنا لم ینصوا علی ذلک فلا بأس بقوله.

و فی الریاض «و هو کذلک ان لم ینعقد الإجماع علی خلافه، و لا یمکن دعواه بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الرد مطلقا، لعدم تبادر المقامین منه جدا، و منه یظهر الجواب عن إطلاقات النصوص بذلک أیضا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۸- من أبواب أحکام الوصایا.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۲.

مضافا إلى وجوب حمل المطلق على المقيد، حيث تضمن شرائط الحجيه كما هنا.

قلت: لكن يعتبر فيه المقاومه، و لا ريب في عدمها هنا لتعدد نصوص الإطلاق و اتحاد خبر التقييد، و اعتضاد الأول بإطلاق الفتاوى الذى لا وجه لدعوى عدم شموله لذلك، خصوصا بعد معلوميه خلاف الصدوق عندهم، فيمكن حينئذ دعوى كون الإطلاق كالصريح فيما يخالفه و العقوق مبنى على أمر الوالد بذلك على وجه

يؤذيه عدم القبول و على وجوب طاعه الولد فى مثل ذلك، و ان كان هو الظاهر، لإطلاق ما دل على وجوبها من الكتاب و السنه، لكن محل البحث عدم قبول الوصيه من حيث كونها كذلك لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول، و يمكن حمل المكاتبه المزبوره على ذلك، بل لعله الظاهر منها، فتخرج حينئذ عن محل البحث.

و دعوى أن مجرد إيجاب الوصيه طلب للقبول على وجه الحتم ممنوعه، على أن مقتضى ذلك تعميم الحكم للآباء و إن علوا، و الأمهات و إن نزلن، و هو خلاف ظاهر القائل.

ثم إن الولد لو رد حيث يأمره الوالد بالقبول يأثم، و لا يكون وصيا؟ أو أن رده كلا رد وجهان: أقواهما الأول، و دعوى كون قبول الوصايه من فروض الكفايه كى يتعين مع الانحصار واضحه المنع، خصوصا بعد قيام الحاكم بأمثال هذه الأمور فالمتجه حينئذ جواز الرد مطلقا مع الشرط المزبور.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر محمد بن مسلم (۱)«إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب، فليس له أن يرد وصيته، و أن أوصى إليه و هو بالبلد، فهو بالخيار إن شاء قبل و ان شاء لم يقبل».

و فى خبر منصور بن حازم (۲)«إذا أوصى الرجل إلى أخيره و هو غائب، فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره»

إلى غير ذلك مما هو دال منطوقا أو مفهوما على جواز الرد.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

نعم الظاهر أن المراد بالغيبه و الحضور فی النصوص: المزبوره الکنایه عن بلوغ الرد إلیه و هو حی، للإجماع علی مـدخلیه ذلک، و للتعلیل فی خبر منصور مؤیدا ذلک کله بفتاوی الأصحاب.

و

بالرضوی (۱)«إذا أوصی رجل إلی رجل و هو شاهد، فله أن یمتنع من قبول الوصیه لازمه له».

نعم فی المسالک، و کذا الریاض: هل یشترط مع بلوغ الموصـی الرد، إمکان إقامته وصـیا غیره، أم یکفی مطلقا بلوغه حیا؟ ظاهر الفتـاوی الثـانی، و مقتضـی التعلیـل الأـول، لأنه إذا لم یمکنه نصب وصـی آخر یکون بمنزله ما لو لم یعلم بالرد، و الأجود اعتبار الإمکان، کما یرشد إلیه

قوله (علیه السلام)(۲)«لو کان شاهدا»

الی آخره، فـإن العله المنصوصه تتعـدی علی الأقوی و لانتفاء الفائـده بـدونه، فعلی هـذا لو کان حیا و لا یمکنه نصب أحـد و لو بالإشاره لم یصح الرد، و لو أمکن و لکن کان المنصوب غائبا بحیث یتوقف ثبوت وصایته علی البینه،

و لم یحضـر الموصـی من یثبت به الوصایه، ففی تنزیله منزله عـدم التمکن من الوصایه وجهان: من حصول أصل القدره و تحقق الشرط، و من انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته.

قلت: لکن قـد ینـاقش بکون المنسـاق من التعلیل إراده بیان واقع، فهو شـبه الحکمه، لا أن المراد من التعلیل قصـد دوران الحکم مـداره، ضـروره عـدم لزوم طلب غیره، إذ قد لا یرید وصـیه غیر هذا الذی ردها، فاستصـحاب بقاء الرد بحاله حینئذ، من غیر فرق بین المتمکن و غیره من حیث البینه و غیرها، و الله العالم.

و علی کـل حال ف لو مات الموصـی قبل الرد أو بعـده و لم یبلغه لم یکن للرد أثر، و کانت الوصـیه لازمه للموصـی بلا خلاف أجده فیه فیما لو کان قد قبلها قبل الرد، بل فی المسالک و محکی المبسوط و الخلاف و التذکره الإجماع علیه بل و إن لم یکن قد قبلها علی المشهور بین الأصحاب، بل عن صریح الغنیه، و ظاهر الدروس الإجماع علیه لما سمعته من النصوص السابقه.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۲۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

و

خبر هشام بن سالم (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی الرجل یوصی إلی رجل بوصیه، فیکره أن یقبلها، فقال أبو عبد الله: لا یخذله علی هذا الحال».

وخبر الفضیل (۲)عنه (علیه السلام) أیضا «فی الرجل یوصی إلیه قال: إذا بعث بها الیه من بلد فلیس له ردها»

إلی غیر ذلک من النصوص المحموله علی التفصیل المزبور لما عرفت، خلافا للفاضل فی المختلف و التحریر فجوز الرد أیضا بعد أن اعترف بنسبه عدم الجواز إلی الأصحاب کافه، و مال إلیه فی المسالک، للأصل المانع من إثبات حق علی الموصی إلیه علی وجه قهری، و تسلیط الموصی علی إثبات وصیته علی من شاء، و لاستلزام ذلک الحرج العظیم، و الضرر الکثیر فی أکثر مواردها، و هما منفیان بالآیه(۳)و الروایه(۴)، و لعدم صراحه النصوص فی الدلاله علی المطلوب، لاحتمال حملها علی الاستصحاب: أو سبق القبول، أو نحو ذلک مما لا بأس بحملها علیه، بخلاف إثبات مثل هذا الحکم العظیم المخالف للأصول العقلیه و الشرعیه بمثل ذلک.

و فیه أن ذلک کله کالاجتهاد فی مقابله النص، ضروره الخروج عن الأصل المزبور بالدلیل من النص و الإجماع و غیرهما، و الحرج و الضرر مع فرض عدم إمکان تحملهما یسقط التکلیف معهما، کما عن التنقیح التصریح به، و هو غیر ما نحن فیه، و إلا لم یکن بهما بأس بعد قیام الدلیل، و عدم الصراحه لو سلم لا ینفی أصل الاستدلال، إذا أکثر الفقیه مبنی علی الظواهر، و المحملان لو سلم إمکان الجمع لهما، إنما یرتکبان بعد قوه المعارض و لیست، بل الأمر بالعکس کما عرفت.

و مما ذکرنا فی الحرج و الضرر، یعلم ما فی المسالک حیث أنه بعد أن مال إلی قول الفاضل قال: «و لو حصل للوصی ضرر دینی، أو دنیوی، أو مشقه لا یحتمل مثلها عاده، أو لزم من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۴.

۳- ۳ سوره الحج الآیه- ۷۸.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب الخیار.

تجملها ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه، قوى جواز الرجوع» و ظاهره أنه كذلك على القولين، إلا أن المتجه بناء على عدم جواز الرجوع الاقتصار فى الضروره على قدرها، لا رد الوصيه و فسخها كما ستعرفه فى مسأله العجز و غيره من نظائر المسأله، بل

فى خبر إسماعيل قال(۱): «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه و أخويه شهد الابن وصيته، و غاب الاخوان فلما كان بعد أيام أبيا أن يقبلا الوصيه، مخالفه أن يتوثب عليهما ابنه، و لم يقدرا أن يعملا بما ينبغى، فضمن لهما ابن عم لهما، و هو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، و قد اشترطا عليه ابنه، فقالا نحن برآء من الوصيه، و نحن فى حل من ترک جميع الأشياء و الخروج منه، أ يستقيم أن يخليا عما فى أيديهما و يخرجا منه؟ فقال: هو لازم لک، فارفق على أى الوجوه كان، فإنک مأجور»

و لعل ذلک يحل بابنه إيماء إليه، بناء على أن الخطاب فيه لأحد الوصيين.

ثم إن الظاهر اعتبار اللفظ أو ما يقوم مقامه فى إفاده إنشاء الرد، فلا يكفى فيه مجرد عدم الرضا الباطنى، نحو ما سمعته فى إجازه الفضولى و نحوها مع احتماله، إلا أن الأول هو الأقوى.

للأصل المقتصر فى انقطاعه على المتيقن.

و منه يعلم صحه الوصيه لمن يعلم عدم رضاه بقبولها لو علم، مع إخفائها إلى أن مات الموصى، بل لو ردها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرد، ثم أوجب الموصى بعد الإيجاب المردود، ثم أخفاه إلى أن مات اتجه لزومها له، لعدم العبره بما فى نفسه، بل يمكن ذلک لو صدر منه ما يقتضى الرد مع عدم علمه بالإيجاب، لكن يقوى فى النظر خلافه، و الله العالم. فتأمل جيدا، بأنى لم أجد تحريرا لذلک فى كلماتهم.

و لو ظهر من الوصى عجز عن الاستقلال بإنفاذ الوصيه أو هرم أو غير ذلک من موانع الاستقلال، و لو على جهه التوكيل و الاستيجار ضم إليه مساعد، و لا ينعزل بذلک، بلا خلاف أجده فيه بل عن التذكره و جامع المقاصد الإجماع عليه، بل الظاهر جواز

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

الوصایه للعاجز ابتداء کما عن التذکره نسبته إلی أصحابنا، و فی القواعد و إن ذکر کفایه الوصی و اهتدائه إلی ما فوض إلیه فی شرائطه، لکنه صرح بإراده شرطیه ذلک فی الاستقلال دون أصل الوصیه، و کذا شارحه الکرکی.

نعم فی الدروس سابعها: أی الشرائط کفایه الوصی، فلو أوصی إلی هرم یعجز عن التصرف أو إلی مریض مدنف أو إلی سفیه، ففی بطلانها من رأس، أو صحتها و یضم إلیه الحاکم مقوما نظر، ینشأ من وجوب العمل بقوله ما أمکن، و من عدم الفائده المقصوده بالوصیه- لکن قال:- و لو عرض العجز فی الأثناء ضم الحاکم إلیه قطعا، و لا ینعزل».

و فیه أن عدم انعزاله بالتجدد، یقتضی مانعیته فی الابتداء، و أنه یمکن أن یکون العاجز ذا رأی و تدبیر، و لکنه عاجز عن الاستقلال، فیفوض إلیه الموصی أمره لذلک، و یعتمد فی تمام الفعل علی نصب الحاکم له معینا لتحصل الفائده المطلوبه من الوصیه، و یسلم من تبدیلها المنهی عنه، بل قد یفرض غیر ذلک من الأغراض و الفوائد علی وصایته- و ان کان عاجزا- نظرا و تدبیرا فضلا عن عجز المباشره بنفسه أو بغیره، و بالجمله عمومات الوصایه و إطلاقاتها تقتضی جواز الوصایه لمثل ذلک، و الأغراض الباعثه علیه کثیره، و لا یحتاج إلی تقسیم العجز إلی أقسام، و کثره الکلام فی تشقیقه علی وجه لا فائده فیه.

انما البحث فی أن هذا الضم باعتبار قصور ولایته، فتکون الولایه التامه مشترکه بینه و بین الحاکم الذی تکون له الولایه خاصه، بعد فقد الوصی، أو أن الولایه بتمامها للوصی، و لکن بضم إلیه مساعدا علی ما کلف به، وجهان بل قد یقوی فی النظر الثانی لعدم معهودیه شرکه الحاکم و غیره فی الولایه، بل حال الوصی حال الأب العاجز مثلا، فان الظاهر عدم شرکه الحاکم له، و ان ضم إلیه مساعد أیضا، بل إن لم یقم إجماع علی اعتبار الضم من الحاکم، أمکن القول بوجوبه کفایه علی الناس، للأمر بالمعاونه علی البر و التقوی و غیره مما دل علی ذلک، و یکون ذلک هو النکته فی بناء الضم للمجهول فی المتن لا ما فی المسالک من أنه اتکالا علی المعلوم من قیام الحاکم بهذه الوظائف، و لبیان أنه مع التمکن من الحاکم یقوم عدول المؤمنین مقامه فی هذا الضم، کما یقومون مقامه فی غیره من ولایاته.

و مما ذكرنا يعلم أن الوجه مع زوال العجز يستقل الوصی، و ليس للمساعد مشاركته قهرا، و إن قال فی جامع المقاصد: «ان فی ذلک وجهين» كما أنه علم مما ذكرنا حال العجز ابتداء، و فی الأثناء، بل لعل قول المصنف «و لو ظهر» ظاهر فی الأول و يمكن شموله لهما معا، و كذا علم حال العجز عن النظر و التدبير، أو عن المباشره و عن التوكيل و الاستيجار و عدمه، فتأمل جيدا، فان ذلک كله غير محرر فی كلماتهم و الله العالم.

و كيف كان ف إن ظهر منه : أی الوصی خيانه فی وصيته وجب علی الحاكم عزله، و قيم مكانه أمينا بل فی المسالک «إنما يتوقف علی عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن يعزل الخائن، مراعاه لحق الأطفال و أموال الصدقات و نحوهما، أما إذا اشترطنا عدالته، فإنه ينعزل بنفس الفسق، و إن لم يعزله الحاكم، و قد تقدم مثله، و لعلم المصنف يريد بعزل الحاكم منعه من التصرف، أو ما هو أعم منه، و من مباشره عزله، فيجری علی المذهبين إذ لم يتقدم منه ترجيح لأحد المذهبين» انتهی، و ظاهره أن الخيانه فی الوصيه غير باقی أسباب الفسق فإن الحاكم يعزله، و ان لم يشترط العداله فی الوصی و لعله وجهه ما سمعته سابقا فی أول الشرائط من خبر الدعائم (۱)، و أن ظاهر حال الموصی ملاحظه أمانته فی تنفيذ وصاياه، فمع فرض خيانته فی ذلک لا ولايه له من الموصی، فهو كما لو أوصی إلی عدل من حيث عدالته ففسق، فإنه لا وصايه له، و ان لم نقل باشتراط العداله، لكن قد يشكل ذلک فيما إذا علم الموصی بحاله، و مع ذلک قد أوصاه فيما له الوصايه عليه و إن كان خائنا، و يشكل أيضا فی اقتضاء ذلک انعزاله حتی فيما لم نحن فيه، فيضمن حينئذ كل وصيه أنفذها علی وجهها، بعد الخيانه، بل قد يشكل أصل عزله بذلک، بل أقصاه منع الحاكم له فی استقلاله بالتصرف، بل يجعل عليه ناظرا منفذا للوصايا معه علی وجهها، اللهم إلاـ أن يفهم من الموصی اشتراط وصايته بأمانته، و أنه متی خان لم يكن وصايا، و حينئذ يتجه منع الحاكم له، و لا يحتاج إلی عزل، و كذا الوكيل، و لعل التمسک بأصاله بقاء حكم الوصی عليه هو المتجه، فإنه كالوكيل فی المعنی، بل هو أقوی ولايه، و لم يثبت ما يقتضی انعزال الوكيل بمجرد خيانته حتی لو جاء بباقی ما و كل فيه علی وجهه، فضلا عن الوصی و خبر الدعائم(۲)يمكن إراده زوال الاستقرار بالتصرف فيه بالنسبه

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۲۸.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۵۳۸.

إلى الخيانه فالمتجه حينئذ عدم بطلان وصايته، و أولى منه بذلك المجتهد الأب و الجد الذين ولايتهم من الشارع، فلا ترتفع بذلك و نحوه، و إن منعوا من التصرف مستقلين حتى يتوبوا، فإن تابوا رجعوا إلى حالهم الأول، و لعل الوصى كذلك أيضا.

نعم لو قلنا بانفساخ إيجاب الوصيه بذلك، كما المتجه عدم عودها، لعدم المقتضى، إلا أن يفهم من الموصى ذلك، و هو خارج عما نحن فيه فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان ف الوصى أمين بلا خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد نفيه بين أهل الإسلام و لا إشكال، ضروره كون استيلاء يده على ما أوصى عليه بإذن مالكيه و شرعيه، فلا يكون إلا أمينا و حينئذ ف لا يضمن ما يتلف فى يده إلا ما كان عن مخالفته لشرط الوصيه أو تفريط كما هو الحال فى كل أمين، و إطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك، و منه ما استفاضت النصوص بتبديله الوصيه،

كالصحيح (۱)«عن رجل أوصى إلى رجل و أمر أن يعتق عنه نسمه بستمائه درهم من ثلثه، فانطلق الوصى و أعطى الستمائه درهم رجلا يحج بها عنه؟ فقال (عليه السلام): أرى أن يغرم الوصى من ماله ستمائه درهم و يجعل الستمائه درهم فيما أوصى به الموصى»

و ربما كان فيه إيماء إلى عدم انعزال الوصى بالخيانه، اللهم إلا أن يكون ذلك ليس منها، بل هو شى ء قد فعله الوصى بجهله، بتخيل أنه أنفع للميت، و لكن حيث كان تبديلا للوصيه لم يمض، و وجب عليه الضمان، و كأن المصنف أراد بمخالفه شرط الوصيه ما يشمل التعدى كما اعترف به فى المسالك قال: «فإنه إذا لبس الثوب مثلا فقد خالف شرط الوصيه، لأن مقتضاها حفظ مال الطفل، أو بيعه و صرفه فى الجهه المأمور بها و نحو ذلك، فاستعماله لا يدخل فى شرط الوصيه، و مثل ذلك ركب الدابه و غيره ذلك، هذا إذا لم يتعلق به غرض يعود على ماله من الولايه، بحيث لا يتم بدونه كما لو ركب الدابه لقضاء حوائج الطفل و استيفاء دينه حيث يتوقف على الركوب، أو دخل داره لإصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود، و نحو ذلك» انتهى، و الظاهر أنه من التفريط، التكاسل فى أمر الوصيه و التهاون. و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

و لو كان للوصـى على وفاء الديون أو على ما يشمله على وجه له التخيير فى جهات القضاء دين على الميت الذى هو وصيه على الوجه المزبور جـاز أن يسـتوفى دينه مما فى يـده من غير إذن الحاكم، إذا لم يكن له حجه على إثبات حقه و دينه، بل الأقوى ما قيل: من أنه يجوز مطلقا أى سواء كان له حجه أولا، و عن الشـهيدين اختياره، لأن فائـدتها احتمال كـذب المـدعى، و المفروض عدمه، كما أن المفروض وصايته على وجه له التخيير فى جهات القضاء، فلم يكن إشكال فى استيفائه، ضروره أولويته مما حكى الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الأجنبى كذلك، و لا يشكل ذلك بالأصل، و

موثقه يزيد بن معاويه(۱)عن أبى عبد الله (عليه السـلام): «قلت له: إن رجلا أوصـى إلى فسألته أن يشـكر معى ذا قرابه له ففعل و ذكر الـذى أوصـى أن له قبل الذى أشـركه فى الوصـيه خمسـين و مائه درهم و عنده رهن بها جام فضه، فلما هلك الرجل أنشـأ الوصـى يدعى أن له أكرار حنطه قال: إن أقام البينه، و إلا فلا شى ء له، قال: قلت له: أ يحل له أن يأخذ مما فى يده شيئا؟ قال: لا يحل له، قلت: أ رأيت لو أن رجلا عـدا عليه فأخـذ ماله فقـدر على أن يأخـذ من ماله ما أخـذ أ كان ذلك له؟ قال: «ان هذا ليس مثل هذا»

لانقطـاع الأصـل بمـا عرفـت، و خروجه الموثـق عن الفرض باعتبـار الاـشتراك فى الوصـيه على وجه ليس لأحـدهما الاسـتقلال بالتصـرف من دون إذن الآـخر، الـذى ليس له إجازه هـذا الأخـذ من دون إثبات، مع أنه لم يعلم الوصايه فيه على وفاء الـدين، و المقاصه مع عدم علم المقتص منه، و كون امتناعه على الشرع غير مشروعه، و أنها موضوعها نحو ما

فى الخبر «الأخذ من مال من عدا عليك»، «و أخذ مالك»

المندرج فى قوله تعالى (۲)«فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ» و من هنا قال: إن هذا ليس مثل ذلك.

و من ذلك يعلم أيضا الفرق بين موضوع الفرض و بين الأجنبى الـذى له دين ضـروره كون الفرض أن الـديان الوصـى الـذى له الولايه على وفاء الدين، بأى فرد شاء من أفراد التركه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ سوره البقره الآيه ۱۹۴.

بخلاف الأجنبی، فإنه لا ولایه له علی ذلک، و لذا جعل الأصحاب موضوع المسأله الوصی.

نعم قد استدل بعض الناس له بالمقاصه، و بأنه محسن فی استیفاء الدین «و ما عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ (۱)» و مقتضاهما عدم الفرق بین الأجنبی و الوصی فی ذلک، و یتأتی البحث حینئذ فی اشتراط المقاصه بإذا الحاکم و عدمه، مع اختلاف الجنس أو مطلقا، و بعدم التمکن من قیام البینه و إمکانه، و إن کان قد یقوی فی النظر عدم اشتراط شی ء من ذلک فی الممتنع، عملا بإطلاق أدله المقاصه من غیر فرق بین المدیون نفسه و وارثه لإطلاق أدله المقاصه ، و کذا من تعذر له الوصول إلی حقه، لعدم البینه المثبته مثلا، و إن لم یکن امتناع فإنه یرجح حقه علی غیره بقاعده نفی الضرر و العسر و الحرج و نحوها أما غیر الممتنع الذی یتمکن صاحب الحق من إثبات حقه علیه، فقد یشکل مقاصته من غیر إذنه، باعتبار اقتضائها إسقاط حقه من تخییر(۲)

الوفاء بأی جنس شاء، من غیر فرق أیضا بین المدیون و وارثه.

و لعله لذا فصل المصنف هنا و الحلی و الفاضل فیما حکی عنهما بین صورتی العجز عن الإثبات و عدمه، فیقتص فی الأول، دون الثانی، و هو جید، لکنک قد عرفت أن موضوع المسأله هنا الوصی الذی قد عرفت عدم جریان هذا التفصیل فیه باعتبار ولایته علی استیفاء الدین علی وجه له التخییر، اللهم إلا أن یکونوا جعلوا موضوعها الوصی المساوی للأجنبی، و هو الذی لم یجعل وصیا علی وفاء الدین، فیتجه حینئذ لهم هذا التفصیل بل لعل منه أیضا الوصی علی وفاء الدین الذی لم یجعل التخییر فی الوفاء إلیه، فإنه حینئذ کالأجنبی، بل لعل من أطلقت وصایته علی وفاء الدین کذلک، فإن الإطلاق لا یقتضی تخییره فی الأفراد من غیر إذن الوارث، فیبقی حقه فی التخییر.

و من ذلک کله یعلم لک الحال فی جمیع شقوق المسأله، کما أنه یعلم لک الحال فیما أطنب فیه فی الریاض، مع أنه لم یأت بشی ء کما لا یخفی علی من لاحظه. و الله العالم و الموفق.

۱- ۱ سوره التوبه الآیه- ۹۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸۳- من أبواب أحکام ما یکتسب به.

و كيف كـان ف لنفسه من نفسه باعتبـار ولاـيته على المال الـذى يريـد شـراءه بالوصايه من غير فرق بين كونه مال طفل أو غيره تردد و خلاف، فالمشـهور على الأول لوجود المقتضـى الذى هو صدور العقد من أهله فى محله، فتشمله العمومات و الإطلاقات، و انتفـاء المانع، إذ لم يثبت اشتراط التغاير الحقيقى بين الموجب و القابل، بل مقتضـى العمومات نفيه، و لـذا جاز شـراء الأب من مـاله ولـده، و جـاز فى النكاح الـذى و أعظم من هـذا المقام، مع أنه يمكن فرضه فى التوكيل عن نفسه، أو عن من هو ولى عنه، اللهم إلاـ أن يلتزم الخصوم بجواز مثـل ذلك، أو بمنع كونه تعـددا حقيقيا، ضـروره كون لفظ الوكيل لفظ الموكل، فالعمـده فى الدليل الأول، مضافا إلى

الخبر(۱)المنجبر قصوره بعمل الأكثر، و فيه «هل للوصى أن يشترى من مال الميت، إذا بيع فيمن زاد يزيد، و يأخذ لنفسه، فقال:

يجوز إذا اشترى صحيحا».

و قيـل كمـا عن الخلاـف و الحلى لا يجوز، لوجوب التغاير بين الموجب و القابل، و هو مفقود، و قياسه على شـراء الأب من مال ولده قياس، و لما

عن ابن مسعود(۲)«من أن رجلا أوصـى إلى رجل ببيع فرس له، فاشتراه الوصى لنفسه، و استفتى عبد الله بن مسعود فقال: ليس له ذلك»

و فى محكى الخلاـف بعـد أن حكى ذلـك عن ابن مسـعود قـال: و لاـ يعرف له مخالف، و للأخبار(۳)المانعه عن شـراء الوكيل لنفسه الذى هو بمنزله الوصى.

و فيه منع اعتبار التغاير حقيقه كما هو مقتضى الإطلاقات و العمومات، فيكفى حينئذ

التغـاير الاعتبارى نحو ما فى شـراء الأب من مال ولـده الصـغير الثابت بالإجماع حتى من الخصم، و كـذا النكاح بل عن الطوسـى دعوى الإجمـاع على الاكتفـاء به فيه، و الاسـتدلال بهمـا على المطلوب ليس من القيـاس، بـل من اتحاد طريق المسألتين، بل لعل المقـام أولى من النكاح فى الجواز، و لا أقل من أن يكون ذلك عاضـدا للإطلاقات و العمومات و كاشـفا عن إراده العموم منها على وجه يشمل ذلك، و خبر ابن مسعود بعد أن لم يكن مسندا إلى من يجب اتباعه لا حجه فيه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ المغنى لابن قدامه ج ۵ ص ۲۳۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب آداب التجاره.

و عـدم وجـدان المخـالف له لاـ يصـيره إجماعا، و أخبار الوكيل بعـد فرض القول بها فيه يمكن الفرق بينه و بين الوصـى بثبوت الولايه للثانى بخلافه و قد ظهر من ذلك كله أن الأشبه بأصول ذلك المذهب و قواعده الجواز لكن إذا أخذ أى الوصى بالقيمه العـدل و لم يكن ثمه من يزيـد عليه لوجوب مراعـاه المصـلحه فى ذلـك خصوصا بعـد قوله تعالى (۱)«وَ لاـ تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»* و قـد تقـدم تمـام الكلام فى باب البيع و الرهن و الحجر و غيرها فى هـذه المسائل و فى جواز اقتراض الولى المال مع الملائه و الرهن و عدمهما فلا حظ و تأمل و الله هو العالم.

و إذا أذن الموصـى للموصـى أن يوصـى على مـا أوصـاه به من أطفـال أو حقوق أو غير ذلك جاز إجماعا بقسـميه لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و غيره،

فيكون حينئـذ وصايـا عن الوصـى لاـ عن الموصـى، فيجوز له الرجوع عنه ما دام حيا، و هل يجوز نصب وصـى عن الموصـى مع التصريح من الموصى بذلك وجهان: لا يخلو أولهما من قوه.

و على كل حال لا إشكال فى الجواز فى الجمله مع الاذن، كما أنه لا يجوز له ذلك إذا نهاه لذلك أيضا و انما الخلاف فيما إذا لم يأذن له، و لكن لم يمنعه أيضا فهل له أن يوصى (۱۱) على ما بقى من وصايا الميت أو جميعها إن لم يكن قد أنفذ منها شـيئا فيه خلاف (۱۲) بين الأصحاب أظهره المنع (۱۳) وفاقا للأكثر، لعدم ثبوت ولايه له بعد الموت على ذلك، إذ الفرض عدم ظهور عباره الموصـى فى ذلك، بل قيل إن المتبادر من استدامه مباشره بنفسه أو بوكيله الذى هو بمنزلته و مجبور عمله بنظره و مندرج فى وصايته، دون الإيصاء إلى الغير المشـتمل على الولايه بعـد موته، الـذى يكفى فى عدم جوازه عدم ثبوت الاذن من الموصـى الأول فيه، فضـلا عما يقتضـى عدمها، خلافا للشيخ و ابنى الجنيد و البراج فجوزوا الإيصاء له، لأن الاسـتنابه من جمله التصـرفات التى يملكهـا حيـا بالعموم كما يملكها بالخصوص، و لأن الموصـى أقامه مقام نفسه، فيثبت له من الولايه ما يثبت له، و من ذلك الاستنابه بعد الموت.

۱- ۱ سوره الإسراء الآيه- ۳۴.

و

مكاتبه الصفار(۱)فى الصحيح إلى أبى محمد الحسن (عليه السلام) «رجل كان وصى رجل فمات

و أوصى إلى رجل هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه، فكتب يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله».

بناء على أن المراد حق الإيمان على معنى أنه يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمنا، فإن لله قد عقد الأخوه بين المؤمنين، و هو مقتضى إعانه المؤمن و قضاء حوائجه فضلا عن إنفاذ وصيته التى هى أهم من ذلك، أو أن المراد يلزم الوصى الثانى أن ينفذ وصيه الموصى الأول بسبب حقه الذى على الوصى الثانى، لأنه كان له، أى للأول عليه حق من حيث الوصيه، فيجب على الثانى إنفاذ كل حق على الأول، فينبغى قرائتها أن بفتح الهمزه حتى يكون منصوبا بنزع الخافض على الوجه الذى ذكرناه.

و فيه أن الأول مصادره بل و الثانى، و الصحيح محتمل لذلك، و لإراده الوصيه إليه بأن يوصى من حقه، على أن يكون ضمير حقه راجعا إلى الموصى الأول، فيكون الحاصل أن الوصيه تلزم الوصى الثانى بحق الأول إن كان له، أى للأول قبله، أى الوصى، حق بأن يكون قد أوصى إليه بأن يوصى له إذا حضرته الوفاه، فإنه حينئذ يكون له حق الإيصاء عليه، فإذا أوصى بها لزمت الوصى الثانى، و مع تطرق الاحتمال يبطل الاستدلال.

بل فى الرياض «أن الذى يظهر منها بعد تعمق النظر فيها كون المراد بالسؤال أن الوصى أوصى إلى الغير فيما يتعلق به و جعله وصيا لنفسه، فهل تدخل فى هذه الوصيه، وصيه الموصى الأول، فيلزم الوصى الثانى العمل بها أيضا، أم لا؟ فكتب الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها لكونها على هذا التقدير مجمله، و مقتضاها حينئذ أنه إن كان للموصى الأول قبله أى الموصى الثانى حق من جهه وصيته إليه بالإيصاء، لزمه الوفاء به، و إلا فلا، و يكون المراد بالحق حق التوصيه إلى الوصى الثانى، بأن صرح بالوصيه، فيرجع حاصل الجواب إلى أن وصيه الأول لا تدخل فى إطلاق وصيه الموصى الثانى، إلا أن يصرح به، و هو كما ترى غير

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

مورد النزاع، و إطلاقها و إن شمله، إلا أنه لا عبره به، بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره، فيكون الخبر بالنسبه إلى مورد النزاع من جواز وصيه الوصى إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصى و عدمه مجملا محتملا، لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضوع المتيقن المجمع عليه، و هو صوره الإذن فيها لا مطلقا، و إن كان هو كما ترى، من صعوبه تطبيق الجواب حينئذ على سؤال.

و قد يحتمل قراءه قبل ظرفا على أن يكون الحاصل أن الوصى الثانى يلزمه القيام بحق الموصى الأول إن كان له قبل الإيصاء إلى الثانى حق على وصيته الأول، بأن أوصى إليه بالإيصاء إذا حضرته الوفاه، أما إذا لم يكن كذلك فإنه لا يلزمه، لعدم الحق له حينئذ على الوصى الأول، بل قد يحتمل غير ذلك مما لا يفيد الخصم، و لو سلم عدم رجحان شى ء مما ذكرناه من الاحتمال بالشهره و نحوها، فلا أقل من المساواه المقتضيه للإجمال، المسقط للخبر عن الحجيه، فلا دليل يعتد به للخصم و احتمال الاستدلال له بأنه يكفى فى الجواز عموم الوصيه الذى يكفى فى تناولها عدم النهى عن الموصى عن الإيصاء بعد أن أثبت له حق الوصيه الذى لم يعلم ثبوته له على وجه يصح له الإيصاء به و عدمه، فإذا أوصى شملته العمومات كما فى الشك فى كل مورد من موارد العقود يدفعه عدم العموم الصالح لمشروعيه نحو ذلك مما هو تصرف فى مال الغير الموقوف على إذنه، فهو شبه توكيل الوكيل عن نفسه من غير نص من الموكل على ذلك، تمسكا بعمومات الوكاله الذى قد علم فساده فى محله، باعتبار معلوميه توقف مثل هذا التصرف على الاذن من المالك فلا يشمله العمومات و بعينه آت فى المقام، كما أن به يفرق بينه و بين موارد العقود المشكوك فى تناول العقد لها، و أنه لا يكفى عدم النهى فى جواز الإيصاء، بل لا بد من الاذن، كما هو واضح بأدنى تأمل فى الولى الذى ولايته بحسب توليه غيره إياها، و الفرض عدم خطاب منه يقتضى العموما، و إلا كان خروجا عن البحث، فدعوى اقتضاء عموم (۱)«فَمَنْ بَدَّلَهُ» تناول ذلك كما ترى، على أن المنساق من الوصيه عهد الإنسان فيما يتعلق به، لا ما يشمل الغير الذى لم يثبت ولايته عليه فى هذا المجال، و بذلك يفرق بين وصايه الأب و الجد و بين

۱- ۱ سوره البقره الآيه- ۱۸۱.

وصایه الوصی، مضافا إلی ما دل علی صحه الوصایه منهما علی الطفل مثلا بخلافه.

بقی شی ء تقدمت الإشاره إلیه فی الجمله، و هو أنه هل یکفی فی صحه وصیه الوصی بما أوصی(۱)

إلیه وقوع ذلک منه، حملاً لفعل المسلم علی الوجه الصحیح الذی هو الاذن له فی ذلک، أو لا بد من ثبوت الإیصاء بذلک بطریق شرعی، فلا یکفی دعواه، فضلا عن مجرد فعله، لأن الشک فی الشرط شک فی المشروط، و أصاله الصحه لا تجدی فی إثبات شغل ذمه الغیر، وجهان، بل مقتضی التفصیل فی الصحیح المزبور بناء علی ما قلناه فی مقابله بالجواز، الثانی و الله العالم.

و علی کل حال فقد ظهر لک بطلان إیصاء الوصی من دون إذن، فإذا مات الوصی یکون النظر بعده إلی الحاکم الذی هو ولی من لاولی له، و نائبه الخاص أو العام.

و کذا لو مات إنسان و لا وصی له و لا ولی إجباری و له أطفال و وصایا و غیر ذلک مما یحتاج إلی الوالی کان للحاکم النظر فی ترکته بالوجوه الشرعیه، بل لعله المراد من الجواز فی مثلا المقام و لو لم یکن هناک حاکم جاز أن یتولاه من المؤمنین من یوثق به علی ما هو المشهور بین الأصحاب من ثبوت الولایه لهم علی مثل ذلک، للمعتبره المستفیضه (۲)المؤیده بما دل علی الحسبه و حسن الإحسان ، و ولایه المؤمنین بعضهم علی بعض(۳)و غیر ذلک.

و لکن مع ذلک قال المصنف و غیره و فی هذا تردد بل عن ابن إدریس التصریح بعدم الولایه لهم علی ذلک للأصل، و فیه أنه مقطوع بما عرفت، بل لا یبعد ثبوت ولایه الفاسق مع عدم العدل، و إن کان الظاهر تقییدها بما إذا

کان المقام مقام الحسبه لا مطلقا، بل ربما احتمل ذلک فی العدل، و ظنی أنه لا یخالف فیه ابن إدریس و ان نفی الولایه عنهم، لکن مراده نفیها علی حسب ولایه الأب و الجد و الحاکم، لا مطلقا، و حینئذ یرتفع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱- ۲.

۲- ۲ سوره التوبه الآیه ۹۱.

۳- ۳ سوره التوبه الآیه ۷۱.

النزاع على هـذا التقـدير اللهم أن يمنع تقييـد ولايه العدل بالحسـبه، و هو قوى أيضا عملا بإطلاق النصوص الظاهره فى الولايه و النصب التى لاـ وجه لاحتمـال كون ذلـك فيهـا إذنـا من الحـاكم فى بعض الخصوصـيات، ضـروره أنه لاـ يخفى على من تـأملها ظهورها فى الاذن العام الذى هو من قبيل الأحكام الشرعيه بل من قبيل نصب الفقيه الجامع للشرائط.

ف

فى خبر إسماعيل بن سعد الأشعرى (۱)قال: «سألت الرضا (عليه السـلام) عن رجل مات بغير وصيه و ترک أولادا ذكرانا و غلمانا صغارا و ترک جوارى و مماليک هل يستقيم أن تباع الجوارى؟

قال: نعم، و عن الرجل يموت بغير وصـيه، و له ولد صـغار و كبار أ يحل شراء شى ء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلـک؟ فإن تولاه قاض قـد تراضوا به و لم يسـتعمله الخليفه أ يطيب الشـراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولـده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع، و قام عدل فى ذلک».

و خبر محمـد بن إسـماعيل (۲)«قـال: مات رجل من أصـحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضـى الكوفه فصير عبـد الحميـد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صـغارا و متاعا و جوارى فباع عبـد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضـعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صـير إليه وصـيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضـى لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلک لأبى جعفر (عليه السلام)، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منها فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلک رجل فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلک؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلک، أو مثل عبد الحميد فلا بأس».

وخبر زرعه(۳)قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السـلام) عن رجل مات- و له بنون و بنات صغار و كبار- من غير وصيه، و له خدم و مماليک و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلک الميراث؟

قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلک كله فلا بأس»

إلى غير ذلـک من النصـوص الظـاهره فى الأـذن لخصوص العـدل فى تولى ذلـک، ضـروره الفرق بينه و بين غيره من النـاس فى الحسبه و المعاونه على

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب عقد البيع و شروطه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب عقد البيع و شروطه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

البر و التقوى.

و على كل حال فمحل التردد أو المنع غير ما يضطر إليه الأطفال و الدواب و حفظ المال المشرف على التلف و نحو ذلك مما هو واجب على الناس كفايه و الله العالم.

و لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبى و له أب، لم يصح و كانت الولايه إلى جد اليتيم الصالح للولايه دون الوصى بلا خلاف أجده فيه فى الجمله، بل الظاهر الإجماع عليه، لما عرفت من ترتب ولايه الوصى على ولايه الأب الصادق على الجد و اشتراكهما فى الولايه حال حياتهما- و لو مرتين كما فى جامع المقاصد و المسالك و إن كان الأصح خلافه، سيما فى النكاح- لا يقتضى جواز توليه أحدهما على وجه يشارك الآخر بعد موته، بل الأصل يقتضى عدم ذلك، مضافا إلى ما دل على ولايه الجد و الأب (۱)مما هو ظاهر فى انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولايه أحدهما مع وصى الآخر، و إلى ظهور اتفاق كلمه الأصحاب عليه.

إنما الكلام فى بطلان الوصيه على الوجه المزبور من رأس كما هو أحد الأقوال فى المسأله، أو بطلانها فى زمان حياه- الجد، فإذا مات ثبتت وصايه الوصى لعدم المعارض لها حينئذ، أو بطلانها فيما عدا الثلث، كما أشار إليه المصنف بقوله و قيل: يصح ذلك فى قدر الثلث ما تركه لأن له إخراجه عن الطفل، فله التوليه عليه بالأولى، و فى أداء الحقوق كوفاء الدين و نحوه مما لا مدخليه له فى ولايه الطفل، و لا أقوى الأول لما سمعت من عدم ولايه للأب مع وجود الجد، و بالعكس فلو صرح أحدهما بوصايه الوصى بعد موت الآخر لم يكن

صحيحا لعدم الولايه له فى هذا الحال، و لو بالنسبه إلى الزمان المتأخر، فضلا عن محل الفرض، و إن جوزنا التعليق فى الوصيه و التأخير فى زمانها، لكن فيما للموصى الولايه عليه، و لا فرق بين الثلث و غيره بعد أن لم يخرجه عن ملك الطفل، ضروره صيرورته كباقى أموال الطفل التى ولايتها بيد الولى الإجبارى، و ولايته على إخراجه عنه لا تقتضى جواز التوليه عليه- و هو للطفل- المنافى لما دل على أن ولايه ماله لجده.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب عقد النكاح و باب- ۸۸- من أبواب أحكام الوصايا.

و هل تصح وصيته فی أداء الحقوق التی علیه من دیون و نحوها کما جزم به فی المسالک، بل حکی الإجماع علیه لعدم معارضته للجد فی ذلک، و إن کان لو لم یوص تولی الجد ذلک کما عن التذکره التصریح به، لکن ذلک لا یقتضی عدم صحه الوصیه بذلک فان الحاکم تکون له الولایه إذا لم ینصب وصیا، و إن نصب لم یکن له الولایه و الورثه الکبار- إذا لم یجعل وصیا لوفاء دیونه- تولی الورثه ذلک، و إلا تولاه الوصی علیه هذا.

و لکن فی الدروس فی المقام «و لو أوصی بإخراج حقوق أو استیفائها کان جائزا و یشکل بأن الاستیفاء ولایه علی مال الطفل فلا یملکها الأجنبی، نعم لو عین المستوفی لتلک الحقوق جاز» و فیه- بعد الإغضاء عن مراده فی قوله «نعم» إلی آخره- ان الاستیفاء- و إن کان الظاهر إراده المال المستوفی- لیس ولایه علی مال الطفل، و إن کان الکلی له، ضروره أنه لا یتشخص و لا یصیر ما لا للطفل إلا بقبض المستحق أو ولیه فتولیته علی أن یشخص الکلی للطفل، و الظاهر أن له الولایه علی ذلک مع وجود الجد، کما أن له ذلک فی الورثه الکبار، فإن له أن ینصب وصیا علی تشخیص ماله من الدیون، ثم دفعه للوارث علی وجه لا ضرر فیه علیهم، بل و معه إذا لم یرد علی مقدار الثلث، و کذا تشخیص ما علیه من الحقوق بأن ینصب وصیا علی دفع ذلک عنه، علی أن ولایه التشخیص بیده علی وجه لا ضرر فیه علیهم، ضروره کونه أولی من تشخیص مال مخصوص لوفاء دینه، الذی اعترف هو بجوازه، مما یشمله عمومات الوصیه، و تسلطه علی ماله [1]و غیر ذلک مما لا معارض له من النصوص المشتمله علی منعه من التصرف فی الزائد علی الثلث فتأمل جیدا.

بقی شی ء و هو أن ظاهر المتن اندراج الوصیه فی أداء الحقوق تحت القیل و مقتضاه أن هذا تفصیل فی موضوع المسأله، و قد عرفت أنه فرضه فی الوصیه بالنظر فی مال ولده، و هو لا یشمل مثل ذلک، اللهم إلا أن یقال: إن ذلک من النظر فی مال الولد أیضا، بناء علی انتقال الترکه جمیعا للوارث، و ان تعلق بها حق الدین فهو من النظر فی مال الولد حینئذ و لکن المتجه بناء علی ذلک صحه الوصایه علی مثل ذلک، و لیس معارضا لولایه الجد التی لم یعلم شمولها لمثل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱ إلی ۱۰- من أبواب أحکام الوصایا.

ذلک بحیث لا یجوز له أن یجعل وصایا له علیه، مع أن المطابق للحق من الترکه، کالخارج عن

مال الطفل، و لعل هذا لا یخلو من قوه، و إن کان الأول لا یخلو عن وجه و الله العالم.

و علی کل حال فقد ظهر لک من مطاوی البحث أن الوصایه کالوکاله، بل قد تزید علیها بأشیاء فحینئذ إذا أوصی بالنظر فی شی ء معین، اختصت ولایته به و لا یجوز له أی الوصی التصرف فی غیره، و جری مجری الوکیل فی الاقتصار علی ما یوکل فیه و کذا لو خصها بزمان دون زمان، أو حال دون حال، إذ هی کما عرفت شبیهه بنصب الأمراء، کل ذلک لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (۱)» و غیره کما هو واضح. و الله العالم.

[مسائل ثلاث]

[المسأله الأولی الصفات المراعاه فی الوصی تعتبر حاله الوصیه]

الأولی: الصفات المراعاه فی الوصی من التکلیف و الإسلام و الحریه و نحوها تعتبر حاله الوصیه، و قیل: حین الوفاه، فلو أوصی إلی صبی مثلا فبلغ ثم مات الموصی صحت الوصیه، و کذا الکلام فی الحریه و العقل و قیل: من حین الوصیه إلی حین الوفاه، و قیل: إلی حین نفوذ الوصیه و انتهائها، و قیل: من حین الوفاه إلی حین الانتهاء.

و الأول أشبه عند المصنف و الأکثر کما فی المسالک قضاء للشرط المعتبر تقدمه علی المشروط، أو مقارنته، فإذا کانت هذه شرائط لصحه الوصیه، و لم تکن موجوده حال إنشائها وقت الوصیه عن التفویض إلی من لیس بالصفات،

و النهی المتوجه إلی رکن المعامله یقتضی فسادها کما هو مقرر فی محله، و لأنه یجب فی الوصی أن یکون بحیث لو مات الموصی کان نافذ التصرف، مشتملا علی صفات الوصایه، و هو هنا منتف، لأن الموصی لو مات فی هذه الحاله لم یکن الوصی أهلا له.

و الجمیع کما تری مشترک فی کونه مصادره علی المطلوب، ضروره أن کون هذه الشروط شروطا للنصب حال إنشائه أول البحث، و کذا کونه منهیا وقت ذلک عن النصب، بل و کذا الأخیر، مع أنه نظر فیه فی المسالک بأنه من یکتفی بوجودها حاله الموت یحصل علی مذهبه

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

المطلوب، فإن الموصى إذا فرض موته بعد الوصايه بلا فصل قبل أن يتصف الوصى بالصفات لا يكون نافذ التصرف، من حيث أن الموصى قد مات و هو غير جامع لها، و ذلك كاف فى البطلان و إن كان قد يدفع بأن مراد المستدل اعتبار كون الوصى جامعا لها حال الوصيه بحيث لو مات الموصى حالها كان نافذ التصرف، فالشرط أهليته لذلك حال النصب.

و على كل حال فمن ذلك يظهر لك قوه القول الثانى الموافق لمقتضى عمومات الوصيه المقتصر فى تخصيصها على ما تيقن من شرطيه هذه الأشياء فى الوصى، بمعنى المتلبس بالولايه، و أول آنات تلبسه بذلك مع الإطلاق من حين الوفاه، فتعتبر الشرائط ذلك الوقت، إذ هو قبل ذلك ليس بوصى بمعنى تحقق الولايه، بل أقصاه وقوع العباره التى تقتضى نصبه حين الوفاه إذا جمع غيرها من الشرائط ذلك الوقت، ففقدها قبل تلبسه بالولايه غير ضائر، بعد شمول عموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (۱)» و نحوه له، و ليس فى أدله الشرائط كما عرفته سابقا ما يقتضى اشتراطها حال إيجاد عباره النصب، بل ربما كان فيها ما يقتضى خلاف ذلك، كنصب الصبى وصيا بعد بلوغه منضما أو مطلقا، على البحث السابق، بل هو ظاهر فيما ذكرناه، من كون المدار على وجود الصفات حال الوفاه، فإن الصبى مثلا قد يبلغ بعد الوفاه، و كذا المجنون لو أوصى إليه مريدا حال إفاقته كما سمعته سابقا.

لا يقال: إن العمومات تقتضى أيضا وصيه الجامع لها حال الوصيه، و إن فقدها قبل الوفاه، ثم تجددت بعدها، فيتجه حينئذ كون الشرط أحد الأمرين، حال الوصيه، أو حال الموت، لأنها نقول- مع كون ذلك خرقا للإجماع على الظاهر- مناف لما دل على اعتبار الصفات فى الوصى المقتضى لعدم قابليه المجنون و الكافر و المملوك، للولايه، فإن دليل شرطيتها يقتضى ذلك، فينافى العمومات المزبوره، بخلاف الفاقد لها حال النصب الجامع حال الوفاه، فإن دليل الشرطيه لا ينافى شمول العمومات له لعدم كونه وليا حينئذ، و دعوى تحقق ولايه الوصى حال نصبه، و ان تأخر تصرفه إلى ما بعد الموت، فهو كالوكيل فعلا المشروط عليه تأخر التصرف و إلا لزم التعليق المبطل، و حينئذ فلو قال: أنت وصيى بعد موتى، على معنى كونك

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

وليا بعد الموت بطل- واضحه الفساد، ضروره عدم شركه أحد الأبوين الكاملين حال حياتهما فى الولايه، على أن معنى الوصايه نقل الولايه بعد الموت، و هو الذى أراده الموصى، بل لو صرح بإراده غيره مما يقتضى تحققها قبل الموت، بطل على الظاهر، و التعليق فيها غير مناف، لأن بناءها عليه، و قد شرعت على الوجه المزبور، كما لا ينافيه فى تعليق الوصيه التمليكيه، بل هما عند التأمل من وارد واحد، و ان اختلفا فى بعض الأحكام لكنهما متحدان فى أن الوصايه نقل الولايه، و الوصيه نقل الملك مثلا، و التزام حصول الملك المتزلزل للموصى له حال الوصيه، مما لا يجوز نسبته للمتفقه فضلا بعد الوفاه، عن الفقيه، خصوصا بعد أن كان المعلوم من حال كل موص أن قصده حصول الأثر سواء كان ملكا أو ولايه، و بذلك كله يظهر ضعف بقيه الأقوال المشتركه فى اعتبار الشرائط من حين الوصيه، الذى قد عرفت عدم الدليل عليه.

نعم يبقى الكلام فى اعتبار استمرار الشرائط من حين الوفاه إلى حين الانتهاء فى استمرار الوصايه و عدمه، أما احتمال اشتراط الاستمرار فى أصل الوصايه- على معنى انكشاف فسادها بالعروض فى الأثناء، كما هو مقتضى إطلاق بعضهم شرطيته- فواضح الفساد، و إلا لاقتضى فساد تصرفاته جميعها قبل العروض، و من المعلوم ضروره بطلانها، كما أن من المعلوم عدم كونه وليا متصرفا حال عروضها.

إنما البحث فى انفساخ الوصيه بعروض ذلك بعد الوفاه- فلا تعود حينئذ، و عدمه- و إن كان لا تصرف له حينئذ، بل أقصاه قيام الحاكم مثلا مقامه، فإذا زال العارض عادت ولايته، كالأب الذى اعتراه الجنون ثم زال، فإنه لا تنقطع بذلك ولايته على ولده الصغير- احتمالان: بل الثانى منهما لا يخلو من قوه، و إن ظهر من بعضهم المفروغيه من بطلان الوصايه بذلك، حتى أنه حمل قول القائل باشتراطها حال الوفاه، و من حين الوصيه إليها- على ذلك، تجنبا عن التزام عدم بطلانها بذلك، و الظاهر أنه اشتباه، فإن أقصى ما يمكن القطع به، عدم صحه تصرفاته مع عروض العارض، لعدم العقل و نحوه، لا بطلان الوصايه من رأس، بل يمكن دعوى عدم القطع ببطلانها كذلك بعروض العارض قبل الوفاه بعد الوصيه و ان استمر إليها عند القائل باعتبار الصفات حال الوصيه، و ان ادعاه القائل المزبور

أيضـا محتجـا بمعلوميه كون الوصـايه لها حكم العقـد الجائز إن لم تكن منه، و لا ريب بانفساخه بعروض الجنون و نحوه، مع أنه خلاف ظاهر من تعرض لـذلك الأقوال، حيث أنهم يجعلونه، و القول باعتبارها حال الوفاه مقابلا للقول بالاسـتمرار حين الوصـيه إلى حين الوفـاه، كمـا فى الـدروس و يمكن القول بعـدم جريـان حكم الجـائز عليه بالنسبه إلى ذلـك، كمـا لو اعترى الموصـى الإغماء و الجنون، على أن الشـرائط غير منحصـره فى العقل و نحوه مما ينفسـخ العقـد بفقـده، كما أنه يمكن القول بأن الانفساخ بعروض العارض لا يقتضـى القول باشتراط الاسـتمرار فى أصل الصـحه، بل أقصاه اشتراط اسـتمرار الصـحه باسـتمرار ذلك، لأن أصل الصـحه مشـروطه بالاسـتمرار، بحيث لو زال انكشف الفساد، و لعله يلتزمه القائل باعتبار الصفات من حين الوصيه إلى حين الوفاه، بل و لا الفسـخ بحيث لو عاد لم يعـد حكم السـبب السابق الـذى اقتضـى ولايته حتى لو قلنا بانقطاعها، باعتبار عدم قابليته، ضروره عـدم اقتضـاء ذلـك الفسـخ، نحو العقـد الجـائز، و إلاـ لاقتضاه بالإغماء و نحوه، فالتحقيق رجوعه إلى ولايته نحو الأب و المجتهـد، و إن ولايتهمـا من الشـرع، إلاـ أن المفروض بعـد مشـروعيته صـار النصب منه كـالنصب من الشـارع بـل العباره عنهما واحده، و كون ولايته من حيث الأبوه المحققه بعد زوال العارض لا يصـلح فارقا بينهما، ضـروره إمكان دعوى أن وصايه الوصى من حيث كونه زيـدا أو ابنـا مثلاـ و هو متحقق، و ان انقطعت ولايته بالعارض لكن قـد عرفت أن ذلك لا يقتضـى انفساخ سـبب الوصـايه الـذى لاـ مـانع من دعوى تـأثيره على هـذا الوجه و لا يقـدح فيه حصول المانع، فتأمل جيـدا، فإنه دقيق نافع فى المقام و غيره، و بذلك ظهر لك الحال فى المقام، بل و ما فى كلام غير واحد من الأصـحاب حتى ثانى الشـهيدين منهم فى المسالك و إن كـان لم يـأل جهـدا فى تحقيق المسـأله، و أرجع الأقوال الأربعه أيضا الشـرائط، أحـدهما: الاعتبار من حين الوصـيه إلى حين الانتهـاء، و الثـانى من حين الوفـاه إلى حين الانتهـاء، و اختـار هو الأـول منها، لكن من تأمل الانتهاء، و الثانى من حين الوفاه إلى حين الانتهاء، و اختار هو الأول منها، لكن من تأمل كلامه، يجده أيضا غير محرر و غير منقح باعتبار عدم اشتماله على الفرق بين اشتراط أصل الصـحه بالاستمرار، و بين اشتراط الاسـتمرار بالاسـتمرار، و عـدم الدليل على ما ادعاه من معلوميه الانفساخ بمجرد عروض فقـدها، و غير ذلـك، ممـا لا يخفى على المتأمل، و التحقيق ما عرفت، و بناؤه على عـدم تحقق الولايه قبل الوفاه، و على تنقيح ما تقتضيه أدله الشرائط،

و علی مراعاه مقتضی العمومات، فإن ملاحظه جمیع ذلک تقتضی ما ذکرناه.

و أما بناء بعض أفراد المسأله و لو بالنسبه إلی بعض الأقوال علی مسأله ما لو أوصی إلی عدل ففسق، التی قد عرفت الاتفاق فیها علی الانفساخ من القائلین باشتراط العداله و عدمه ففیه أن ذلک مبنی علی تعرف حال الموصی و قصده، و إراده تقییده الولایه و عدمها و محل البحث الآن فی کیفیه اشتراط الشرائط شرعا. و ذلک لا دخل له فی قصد الموصی، و منه ینقدح خروج تصریح الموصی بالإیصاء إلی مجنون بعد عقله، و إلی صبی بعد بلوغه و نحو ذلک من محل النزاع فی المقام بما عرفته، من أن الوصایه أشبه شی ء بنصب الاماره، فلا یقدح فیها تعلیق و لا غیره لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ»(۱)و غیره مضافا إلی ظهور الاتفاق علیه، و التصریح به من بعض علی وجه المفروغیه منه،

فمحله حینئذ ما لو أوصی مطلقا للوصیه، فهل یکفی جمع الوصی الشرائط حال الإیصاء أو لا بد من الجمیع حال الوفاه؟ أو من حین الإیصاء إلی حین الوفاه علی حسب ما عرفت، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الثانیه تصح الوصیه علی کل من للموصی علیه ولایه شرعیه]

المسأله الثانیه قد عرفت فیما تقدم أنه تصح الوصیه علی کل من للموصی علیه ولایه شرعیه بحیث یصح الإیصاء بها کالولد و ان نزلوا بشرط الصغر أو البلوغ مع عدم الکمال، و عدم ولی إجباری فلا یندرج فی ذلک،- و لو بملاحظه ما تقدم سابقا- أحد الأبوین، مع وجود الآخر، و الوصی الغیر المأذون و الحاکم، لما تقدم من عدم ولایه لهم علی التولیه بعد الوفاه.

و علی کل حال فلو أوصی بالولایه علی أولاده الکبار العقلاء، أو علی أبیه أو علی أقاربه لم تمض الوصیه علیهم لعدم الولایه له علی ذلک و لو أوصی بالنظر فی المال الذی ترکه لهم لم یصح له التصرف فی شی ء منه، لأنه من الولایه علیهم أیضا بل و لا فی ثلثه منه لأنه لا ولایه له علیه مع عدم الوصیه به، و عدم إخراجه عن إرث الوارث، فلا تصح الولایه علیه مع کونه ملکا للوارث کما فی نظائره.

نعم لو أوصی به و أخرجه عن إرث الوارث جاز له نصب ولی علیه، لکن

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

حینئـذ یکون شـریکا للوارث، فلیس له الاسـتقلال بتمییزه إلا إذا نص الموصـی علی ذلک، فإن الظاهر الصـحه، لأن له مثل هـذه الولا-یه التی هی أولی من حصـره ثلثه فی عین معینه، فإنه مع عـدم ضـرر علی الوارث ینقص فی ماله لم یکن له معارضه، بل قد تقدم سابقا عند البحث فی صـحه الوصیه بالمضاربه فی الترکه ما یقتضی جوازها بالنظر فی المال مع عدم الضرر علی الوارث فی ذلک، مثل الوصیه ببیع الترکه مثلا بثمن المثل و غیره مما تقدم، و حینئذ یشکل ما سمعته من المصنف.

و علی کل حال من ذلک و غیره یعلم أیضا أنه تصـح الوصـیه فی إخراج الحقوق عن الموصـی کالدیون و الصدقات الواجبه، و لو بأن یعین أشیاء مخصوصه لذلک و یجعل لها وصیا، و لیس حینئذ للوارث معارضه الوصی، و إن قلنا بکونها ملکا له بالموت و یستحق نماؤها، إلا أنها انتقلت إلیه علی هذا الوجه الذی تقتضـی عمومات أولویته بماله جواز هذه الوصـیه، لأنها لیس مما خرج عن الموصـی بالدلیل الشرعی، و هو النقص فی الثلثین قهرا علی الوارث، و أحقیته بأعیان الترکه من الدیان و غیره إنما هو إذا لم یوص الموصـی، و إذا تبرع و وفی دین الـدیان بالرضـا منه کـانت الأعیان له، و لیس له إلزام الوصـی بأخـذها، و ان بـذل مقـدار الدین مع فرض وصایه الموصی بالوفاء کما هو واضح.

بل لو أوصی وصیا علی وفاء دینه مصرحا بأن له ولایه التشخیص بما شاء من الأعیان لم یکن للوارث معارضته أیضا علی الظاهر، لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (۱)» و غیره مما لا معارض له فی مثل ذلک.

نعم لـو أوصـی وصـیا علی قضـاء دینه و أطلق لم یکن له معـارضه الـوارث لو أراد بـذلک الـدین من نفسه، أو من بعض أعیـان الترکه، لأحقیته بأعیانها من غیره، أما لو امتنع عن الوفاء أجبره الحاکم، أو یأذن للوصـی فی البیع علیه، و دعوی کون الإطلاق فی الوصایه یقتضـی الوصـیه بالتخییر له فی الأعیان فلا یعارضه الوارث، و کذا الوصی علی الثلث یمکن منعها ضروره أعمیه الإیصاء بذلک من ذلک- و الله العالم.

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

[المسأله الثالثه يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل من نظره فى ماله]

المسأله الثالثه: يجوز لمن يتولى أموال اليتيم بوصيه و نحوها أن يأخذ أجره المثل من نظره فى ماله كما عن الإسكافى و الشيخ فى آخر باب التصرف فى أموال اليتامى، بل هو خيره جماعه من المتأخرين كالفاضل فى القواعد و المحقق و غيره، بل عن مجمع البيان أنه الظاهر من روايات أصحابنا.

و قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن نهايته و ابن إدريس يأخذ قدر كفايته، و قيل: و القائل الشيخ أيضا فى المحكى من خلافه و تبيانه يأخذ أقل الأمرين إن كانت كفايته أقل من أجره المثل، فله قدر الكفايه دون أجره

المثل و إن كانت أجره المثل أقل من الكفايه فله الأجره دون الكفايه، و نحوه عن المبسوط لكن قيد ذلك بالفقر، فقال: «الولى إن كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين، كفايته أو أجره مثله» و مع ملاحظه الإطلاق السابق، و تقييده يكون الأقوال أربعه بل خمسه مع زياده القول بأخذ أجره المثل إن كان فقيرا و إلا لم يجز له أخذ شى ء منه، كما هو خيره ثانى الشهيدين فى المسالك.

و على كل حال ف الأول أظهر من غير فرق بين الغنى و الفقير، و بين الوصى و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين و غيرهم ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرائط فلا يجوز للحاكم مثلا أن يجعل النظر إلى غيره ممن يريد الأجره، بلا مصلحه لليتيم و بين العمل الواجب على الأمين فعله من حيث الامانه، و بين غيره مما لم يجب عليه، كالتنميه، بناء على عدم وجوبها، لأصاله احترام فعل المسلم كما له، و وجوبه عليه- كوجوب بذل المال فى المخمصه بالقيمه- لا ينافى أخذ العوض عليه، مع إمكان وجوب المباشره بنفسه، فله حينئذ استيجار من يحفظه مثلا بشى ء منه و لو نفسه.

و لعله إلى ذلك أومى

صحيح هشام بن الحكم (۱)الذى هو دليل آخر للمسأله أيضا قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عمن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فيأكل بقدر ذلك».

بل لعله المراد بالمعروف فى الآيه الشريفه(۲)بل و فيما جاء من تفسيرها

فى موثق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۵.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۶.

سماعه(۱)عن أبی عبد الله فیها «من کان یلی شیئا للیتامی، و هو یحتاج له ما یقیمه، فهو یتقاضی أموالهم، و یقیم فی ضیعتهم، فلیأکل بقدر و لا یسرف، و إن کان ضیعتهم لا تشغله عما یعالج نفسه، فلا یرزأن من أموالهم شیئا».

و صحیح عبد الله بن سنان (۲)عنه (علیه السلام) أیضا «أنه سئل و أنا حاضر عن القیم للیتامی و الشراء لهم و البیع فیما یصلحهم إله أن یأکل من أموالهم؟ فقال لا بأس أن یأکل من أموالهم بالمعروف کما قال عز و جل «فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوفِ» و هو القوت»

و

صحیحه الآخر(۳)عنه أیضا «المعروف هو القوت»

و أنما عنی الوصی و القیم فی أموالهم ما یصلحهم.

و

خبر أبی الصباح (۴)عنه (علیه السلام) أیضا فیها «فقال: ذلک لرجل یحبس نفسه عن المعیشه، فلا بأس أن یأکل بالمعروف إذا کان یصلح لهم أموالهم، فإن کان المال قلیلا فلا یأکل منه شیئا».

و نحوه خبرا سماعه و أبی أسامه(۵)المرویان عن تفسیر العیاشی عنه أیضا فیها و کذا

خبر أبی بصیر(۶)المروی فی التفسیر المزبور عنه أیضا فیها «قال: هذا رجل یحبس نفسه للیتیم علی حرث أو ماشیه، و یشغل فیها نفسه فلیأکل منه بالمعروف و لیس له ذلک فی الدنانیر و الدراهم التی عنده موضوعه».

و خبر زراره(۷)المروی فیه أیضا عن أبی جعفر (علیه السلام) فیها «سألته عنها فقال ذلک إذا حبس نفسه فی أموالهم فلا یحترف لنفسه، فلیأکل بالمعروف من مالهم»

بناء علی أن ذلک أجره مثله لغلبه عدم زیاده احتراف الناس علی ما یحتاجونه فی أقواتهم.

بل لعله ذلک هو المراد أیضا من

مضمر محمد بن مسلم (۸)المروی عن تفسیر العیاشی «سألته عن رجل بیده ماشیه لابن أخ یتیم فی حجره أ یخلط أمرها بأمر ماشیته؟ فقال: ان کان یلیط حیاضها و یقوم علی مهنتها و یرد شاردها فلیشرب من ألبانها غیر مجهد و لا مضر بالولد ثم قال:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۸.

۵- ۵ المستدرك ج ۲ ص ۴۵۴.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۹.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۱۰.

۸- ۸ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۶.

و ان كان غنيا»

إلى آخره.

و

موثق حنان (۱)«قال أبو عبد الله (عليه السلام): سألنى عيسى بن موسى عن القيم للأيتام فى الإبل ما يحل له فيها؟ فقلت له: إذا لاط حوضها و طلب ضالتها، و هنأ جريانها، فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع، و لا فساد لنسل»

بناء على أن ذلك أجره مثله عرفا أو أقل، فإنه من المعروف أيضا، ضروره كون المراد أن الأكل من مال اليتيم لا يكون إلا فى مقابله عمله له فيما له، و إلا كان من الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما.

نعم أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعا و عرفا أجره المثل، فان نقص عنها زاد فى المعروف و قد أحسن إلى اليتيم، بل ان لم يأخذ شيئا، فقد زاد فى الإحسان و لم يكن من الأكل بالمعروف الذى قد رخص فيه فى مقابله العمل للفقير، دون الغنى الذى أريد منه الاستعفاف عن ذلك، مع عمله لليتيم فى ماله، فالمراد حينئذ أن الفقير إن أراد الأكل، فلا يأكل إلا بالمعروف، و هو أن يكون فى مقابله عمل له فى مال اليتيم و أن لا يزيد على أجره المثل، و كلما نقص عن ذلك فهو من المعروف.

بل لعل ذلك هو المراد من النصوص سيما

المرسل فى كنز العرفان (۲)قال: إن رجلا قال للنبى (صلى الله عليه و آله): «إن فى حجرى يتيما أ فآكل من ماله؟ قال: بالمعروف لا مستأصل مالا و لا واق»

أى غير مستأصل للمال، و لا واق بماله مالك.

نعم لو لم يكن لفعله أجره فى العاده كوضع الدراهم و الدنانير عنده، أو كان المال قليلا غير محتاج إلى عمل له أجره يعتد بها عرفا لم يأخذ شيئا، على ما أومأ إليه فى بعض النصوص السابقه، كما أنه ينبغى له التعفف لو كان غنيا غير محتاج كى يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن قوته و قوت الواجبى النفقه، فإن الآيه و ان اشتملت على الأمر الظاهر فى الوجوب خصوصا فى أوامر الكتاب، لكن الماده تشعر بالندب، فيضعف الظن بإرادته منه على وجه يعارض ما سمعته من القاعده و الصحيح و غيرهما، سيما فى الأعمال التى لا يجب عليه مباشرتها، كالتنميه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۱.

۲- ۲ المستدرك ج ۲ ص ۴۵۴.

و نحوها، فدعوى أن له بذلك الأجره للغير دون نفسه واضحه الفساد، بل هى كذلك فى كل عمل كان له ذلك فيه، ضروره عدم الفرق بينه و بين غيره فى ذلك، بل لعله أولى باعتبار بقاء نظره على مال الطفل و احتياطه عليه.

و من ذلك يظهر لك ضعف التفصيل بين الفقير و الغنى الاستحقاق و عدمه كما أن منه يظهر لك

ضعف مستند الأقوال البقيه التى وجهها الأخذ بالآيه، و ما ورد فى تفسيرها فى خصوص الفقير، أو الجمع بينها و بين ما دل على وجوب الأجره بأخذ الأقل منهما الذى هو الأحسن فى مال الطفل المنهى عن القرب إلى ماله إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ*(۱)، و لأن الكفايه ان كانت أقل من الأجره فمع حصولها يكون غنيا يجب عليه الاستعفاف، و إن كانت الأجره أقل فهو لا يستحق الأزيد فى البالغ، فضلا عن اليتيم، و استجوده فى المسالك لو تحقق للكفايه معنى مضبوط، قال: «لأنه إن أريد بالأكل بالمعروف المتعارف كما يظهر من الآيه و الروايه و جعل مختصا بالولى لا يتعدى إلى عياله، فلا منافاه بين الفقر و حصول الكفايه منه بهذا الاعتبار حينئذ، لأن حصول القوت محتاج إلى مؤنه السنه من نفقه و كسوه و مسكن و غيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر، إذ لم يشترط حصول ذلك فى بقيه عياله الواجبى النفقه و حينئذ فقولهم فى الاستدلال مع حصول الكفايه يكون غنيا غير صحيح، و إن أريد به مطلق السرف كما هو المراد من قوله تعالى (۲)«وَ لا- تَأْكُلُوها إِسْرافاً» الى آخره و قوله تعالى (۳)«وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» و قوله تعالى (۴)«إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامى ظُلْماً» الى آخر الآيه و غير ذلك، فقيد المعروف فى «غير ذلك» غير واضح المراد يعتبر معه أقل الأمرين، لأن التصرف على هذا الوجه مختلف باختلاف الأشخاص و الحاجه، و ربما أدى ذلك إلى الإضرار بمال اليتيم، و قوله فى الروايه هو القوت تخصيص لمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح فى اختصاصه بأكله بنفسه

لما عرفت من أن الأكل مستعمل لغه فيما هو أعم من ذلك».

۱- ۱ سوره الأنعام الآيه- ۱۵۲.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۶.

۳- ۳ سوره البقره الآيه- ۱۸۸.

۴- ۴ سوره النساء الآيه- ۱۰.

و علی کل معنی من الأکل لا یتم الحکم فیه علی إطلاقه، لأن العمل ربما کان قلیلا و القوت کثیره فیؤدی إلی الإضرار بالیتیم زیاده علی المکلف و فیه أنه لا إجمال فی الأکل بالمعروف عرفا خصوصا بعد توضیح النصوص له، و أنه القوت المراد به ما یحتاج إلیه عرفا، بل یمکن إراده الضروره من الکسوه و غیره له و لمن یعول به، لکن بشرط اشتغاله بمال الطفل علی وجه یمنع من تحصیل ذلک و أنه لو لا عمله به لأمکنه الاشتغال بمال الطفل علی وجه یمنع من تحصیل ذلک و أنه لو لا عمله به لأمکنه الاشتغال بما یحصل ذلک له منه، و هو أمر مضبوط فی العرف و لذا أطلق الأمر به فی الکتاب و السنه فی مقام البیان خصوصا مع ملاحظه ما سمعته فی مرسل کنز العرفان مع ذلک.

نعم یقوی الظن بما سمعته من انطباق ذلک علی أجره المثل التی مقتضی القاعده، و الصحیح و غیرهما، و لذا کان الأقوی ذلک، لا للإجمال فی الآیه و الروایه کما هو واضح.

هذا کله إذا لم یتبرع الولی، و إلا لم یستحق شیئا، أما لو لم یقصد الرجوع و لا عدمه فالظاهر الاستحقاق أیضا لقاعده الاحترام التی لا ینافیها عدم الأمر من المالک الصوری بعد الاذن بالعمل من المالک الحقیقی، بل مقتضی إطلاق الآیه التی عرفت تنزیلها علی ما قلناه ذلک أیضا، هذا.

و لکن الاحتیاط لا ینبغی ترکه فیه و فی المسأله السابقه أیضا لشده التأکید کتابا و سنه فی التجنب عن أموال الیتامی، و خصوصا بعد

خبر رفاعه(۱)المروی عن تفسیر العیاشی عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی قوله تعالی «فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: کان أبی یقول: إنها منسوخه»

بل

عن مجمع البیان (۲)عن جماعه من العامه «تفسیرها بأخذ قدر الحاجه من مال الیتیم علی جهه القرض»

، ثم یرد علیه ما أخذ إذا وجد، قال: و هو مروی عن الباقر (علیه السلام)، و إن کان الثابت عندنا خلافهما، و هو ما عرفته من النصوص المعتضده بالفتاوی، و خصوصا فی الأعمال الواجبه علی الموصی کحفظ المال فی حرزه و نحوه من الأعمال التی لا یتجدد لها مال للطفل.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۱۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۲- من أبواب ما یکتسب به الحدیث- ۷.

هـذا كله إذا لم يوص إليه بجعـل يكون اجره لمثله عن عمله و إلاـ وجب بلا خلاف عن التنقيـح، بل و لا إشـكال، فإن زاد عليها توقف على سعه الثلث أو اجازه الوارث كما صرح به غير

واحد، ضروره كونه حينئذ من الوصيه التى قد عرفت أن حكمها ذلك، و الله العالم.

[الفصل السادس فى اللواحق]

اشاره

الفصل السادس: فى اللواحق و فيه قسمان:

[القسم الأول و فيه مسائل]

اشاره

القسم الأول و فيه مسائل،

[المسأله الأولى إذا أوصى لأجنبى بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد فقد شرك بينهما فى تركته]

الأولى: إذا أوصـى لأجنبى بمثل نصيب ابنه، و ليس له إلا واحد، فقد شرك بينهما فى تركته لأنه أضاف إلى الوارث واحدا آخر بالوصـيه و حينئذ فللموصـى له النصف من التركه، إلا أنه لما كان أزيد من الثلث، فإن أجاز الولد قسم المال بينهما نصـفين و ان لم يجز الوارث فله أى الموصـى له الثلث و الباقى للولـد و كذا لو كان له ابنان و قد أوصـى لأجنبى بمثل نصـيب أحدهما كانت الوصـيه بـالثلث لأـنه قـد أضـاف إليهمـا ثالثـا و لو كان له ثلاثه كان له الربع و هكـذا و الضابط أنه يضاف إلى الوارث، و يجعل كأحـدهم ان كـانوا متسـاوين و إن أتلفت سـهامهم جعل مثل أضـعفهم سـهما لأنه المتيقن الا أن يقول مثل أعظمهم (۱۱) سهما فيعمل (۱۲) حينئذ بمقتضـى وصيته (۱۳) ان لم تزد على الثلث، و الاـ وقف على الإجـازه بلاـ خلاف أجـده فى شـى ء من ذلك بيننا، بل قد يشعر نسبته فى جامع المقاصد إلى علمائنا بالإجماع عليه.

نعم عن جمع من العامه أنه يعطى الموصـى له مثل نصـيب أحـدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، و يقسم الباقى بين الورثه، لأن نصـيب الوارث قبل الوصيه من أصل المال، و حينئذ فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد فالوصيه بجميع المال الذى هو نصيب الابن قبل الوصيه، و إن كان له اثنان فالوصيه بنصف المال الذى هو نصيب أحدهما قبل الوصيه، و يبقى النصف الآـخر لهمـا- و هكـذا بل فى محكى التحرير أنه قريب من الصواب، و فيه أن ظاهر عباره الموصـى أو صـريحها فى المثال الأول التشـريك بينهمـا، لاـ حرمان الوارث، فيكون المراد حينئـذ منها أن له نصـيبا مثل نصـيب ابنى بعـد الوصـيه، فإن التماثل يقتضـى

شيئين،

کما أن الوارث لا یستحق شیئا إلا بعد الوصیه النافذه، فالوارث الموصی بمثل نصیبه لا نصیب له إلا بعد الوصیه، حینئذ فیکون ما للموصی له، مماثلا لنصیبه بعد الوصیه و علی ما ذکروه لا یکون للوارث نصیب الموصی له، فإنه فی الأول لا نصیب له أصلا، و فی الثانی لکل واحد من الولدین الربع، و فی الثالث لکل واحد من الأولاد الثلاثه ثلث من الثلثین، و هو لا یماثل ثلث الأصل، کما أن الربع لا یماثل النصف، و هو حینئذ خلاف مدلول الوصیه، و تبدیل له «فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ»(۱)و علی کل حال، فهذه المسأله و اشتباهها من

المسائل الدوریه، لأن معرفه نصیب الوارث متوقفه علی إخراج الوصیه، و معرفه نصیب الموصی له انما یکون إذا عرفت نصیب الوارث، إلا أنه لما کان الأمر فیها ظاهر- ضروره انتقال الذهن إلی المراد بأدنی التفاوت- لم یذکروا فی معرفتها طریق الجبر و المقابله، بل اکتفوا بما عرفت من تصحیح الفریضه علی الورثه، ثم زیاده واحده یساوی أحدهم، أو الأقل منهم علی حسب ما سمعت.

بل لا فرق فی ذلک بین الوصیه بنصیب واحد منهم غیر معین، و بین الوصیه بمثل نصیب واحد معین، فإنه له أیضا مثل نصیبه مزادا علی الفریضه، فإن زاد علی الثلث توقف علی الإجازه، و إلا نفذت الوصیه، بل لا فرق أیضا بین الوصیه لأجنبی أو أحد الورثه بناء علی ما عندنا من جواز الوصیه للوارث، خلافا لبعض العامه، فإذا أوصی لوارث بمثل نصیب أحد وارثه، فکالوصیه للأجنبی التی قد عرفت الحال فی أمثلتها التی منها أیضا لو کان له ابن و بنت، و أوصی بمثل نصیب الابن فإن له سهمین من خمسه إن أجازا و لو قال: مثل نصیب البنت فله الربع و لو کان له ثلاثه بنین و ثلاث بنات، و أوصی له بمثل سهم بنت أو أحد وارثه فله العشر و لو قال: مثل نصیب ابنه فله سهمان من أحد عشر، و هکذا کما هو واضح بعد کما عرفت.

و لو قال: فی وصیته له مثل نصیب بنتی فعندنا یکون له النصف إذا لم یکن له وارث سواها، لأن المال لها فرضا وردا، فهی کالولد حینئذ فی ذلک و فی أنه فی أنه یرد إلی الثلث إذا لم تجز و کذا لو کان له بنتان کان له

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

الثلث، لأن المال عندنا للبنتين فرضا وردا دون العصبه، فيكون الموصى له كثالثه كالولدين و قد أوصى للثالث أن له مثل نصيب أحدهما الذى قد سمعت الكلام فيه.

نعم عند العامه الوصيه فى الأول بالثلث، لأن المسأله عندهم من اثنين واحد للبنت، و واحد للعصبه، فيزيد بالوصيه على الاثنين سهما، فيعطى واحد من ثلاثه، و فى الثانى بالربع، لأن المسأله عندهم من ثلاث، اثنان و هما الثلثان للبنتين، و واحد للعصبه فيزيد عليها للموصى له بالوصيه سهما، فتكون أربعه له الربع منها.

و لو كان له ثلاث أخوات من أم و ثلاثه إخوه من أب، فأوصى بأجنبى بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحده من الأخوات لما عرفت من تنزيل الوصيه فى مثله على الأقل الذى هو المتيقن فأصل الفريضه حينئذ ثلاثه، للأخوات من الأم الثلث، و للإخوه من الأب الثلثان، ثم تنكسر على الفريضه، و الفرض أن عددهما متماثل، فيضرب عدد أحدهما فى أصل الفريضه تبلغ تسعه للأخوات الثلاث ثلاثه، لكن واحده سهم و للإخوه سته لكل واحد اثنان، فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم، و حمل على الأقل الذى هو نصيب إحدى الأخوات ازدادت الفريضه واحدا، لما عرفت من أن الضابطه تصحيح الفريضه بين الورثه زياده نصيب الموصى له عليها، فالوصيه حينئذ بعشر التركه فيكون له سهم من عشره، و للأخوات من الأم ثلاثه و للإخوه سته.

نعم ينبغى أن يعلم أن كون الموصى له كواحد من الأخوات، مبنى على فرض كون الإخوه للأب ثلاثه مثلا، و إلا فلو فرض كونهم سبعه مثلا لم يتم المثال، ضروره كون الأقل حينئذ واحد منهم لا منهن، إلا أن الأمر سهل بعد معرفه الضابط، و ان أطلق المصنف الاخوه، مع احتمال إراده أقل الجمع، و الله العالم.

و لو كان له زوجه و بنت، و قال: له مثل نصيب بنتى التى هى أعظم نصيبا و أجاز الورثه قال الشيخ كان له سبعه أسهم، و للبنت مثلها و للزوجه سهمان و فيه أن الوصيه حينئذ من نصيب البنت خاصه لأن الاثنين ثمن الفريضه التى هى سته عشر، فيكون سهم الزوجه تاما، و الواجب ان تكون الوصيه مع الإجازه من أصل

الترکه، و یدخل النقص بها علی جمیع الورثه، کل علی حسب استحقاقه.

و من هنا قال المصنف لو قیل: لها أی الزوجه سهم من خمسه عشر کان أولی بل لعله یتعین کما فی القواعد و جامع المقاصد و المسالک، ضروره أنه مقتضی الضابط السابق الذی هو تصحیح الفریضه أولا، و هی هنا ثمانیه، للزوجه الثمن سهم، و للبنت الباقی، و هو سبعه أسهم، و یزاد علیها مثل نصیب البنت بالوصیه: أی سبعه، فیکون مجموع الترکه خمسه عشر، هذا کله مع الإجازه.

أما إذا لم یجز الوارث، فالمسأله من اثنی عشر له الثلث أربعه، و الثمانیه بین الزوجه و البنت، علی أصل الفریضه الشرعیه، للزوجه الثمن سهم و للبنت الباقی فرضا وردا، و لو أجازت أحدهما خاصه، ففی المسالک ضربت احدی الفریضتین فی وفق الأخری تبلغ ستین، لأن بین الاثنی عشر، و الخمسه عشر توافقا بالثلث فضرب ثلث إحداهما فی الأخری، فمن أجاز ضربت نصیبه من مسأله الإجازه فی وفق مسأله الرد، و من رد ضربت نصیبه من مسأله الرد فی وفق مسأله الإجازه، ذلک نصیبه، و الباقی للموصی له.

و هذا ضابط فی کل ما یرد علیک فی إجازه البعض و رد الآخرین فلو فرض کون الفریضتین متباینتین ضربت إحداهما و نصیب من أجاز من مسأله الإجازه فی مسأله الرد و نصیب من مسأله الرد فی مسأله الإجازه، فلو کان المجیز البنت فنصیبها، من مسأله الإجازه عشر تضربها فی أربعه وفق مسأله الرد: تبلغ ثمانیه و عشرین، فهو نصیبها من الستین، و للزوجه واحد من اثنی عشر فی مسأله الرد تضربه فی وفق مسأله الإجازه، و هو خمسه من خمسه عشر، تبلغ خمسه، فهی نصیبها من الستین، و الباقی و هو سبعه و عشرون للموصی له، و لو کان المجیز هو الزوجه ضربت نصیبها من مسأله الإجازه، و هو واحد فی أربعه وفق مسأله الرد، فلها أربعه، و نصیب البنت من مسأله الرد و هو سبعه من اثنی عشر فی وفق مسأله الإجازه و هو خمسه تبلغ خمسه و ثلاثین، و الباقی هو أحد و عشرون للموصی له، فله مع إجازتها ثمانیه و عشرون، و للبنت کذلک، و للزوجه أربعه، و مع ردهما عشرون و للبنت خمسه و ثلاثون، و للزوجه خمسه، و مع إجازه إحداهما یأخذ الموصی له التفاوت، و لو انعکس الفرض: بأن أوصی له بمثل نصیب الزوجه و أجاز فللموصی له التسع، لأنک تزید نصیب

الزوجه و هو واحد على الفريضه، و فى جامع المقاصد و المسالك أنه و هم الشيخ هنا أيضا، فجعل للزوجه سهما من ثمانيه، و للموصى له سهما، و للبنت سته، فأخرج الوصيه من نصيب البنت خاصه، و الصواب إدخال نصيبه عليهما، فيكون من تسعه.

و لو كان له أربع زوجات و بنت فأوصى بمثل نصيب إحداهن قال الشيخ:

كانت الفريضه من اثنين و ثلاثين، فيكون للزوجات الثمن أربعه بينهن بالسويه و له سهم كواحده، و يبقى سبعه و عشرون للبنت و فيه ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضا و مقتضى الضابط المزبور أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات و يزاد على الفريضه ليدخل النقص على الجميع، فأصل الفريضه ثمانيه نصيب الزوجات الأربع منها واحد، و ينكسر عليهن، فيضرب عددهن فى الفريضه تبلغ اثنين و ثلاثين، و يزاد عليها واحد بالوصيه فتكون ثلاثه و ثلاثين.

و من هنا قال المصنف لو قيل: له واحد من ثلاثه و ثلاثين كان أشبه بل هو متعين، و لذا جزم غير واحد بأنه سهو من قلمه الشريف كالسابق و لو كانت الوصيه فى الفرض بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانيه و عشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضه تبلغ ستين إن أجازوا الوصيه، و أن ردوا ألحقت نصف الفريضه بها ليصير للموصى له ثلث المجموع، و يكون الثلثان قائمين بالفريضه، فيكون من ثمانيه و أربعين: للموصى له ثلثها سته عشر و للزوجات أربعه، و للبنت ثمانيه و عشرون، و لو أجازت إحداهن ضربت وفق مسأله الإجازه و هو هنا جزء من اثنى عشر، و هو نصف السدس فى مسأله الرد أو بالعكس، فتضرب خمسه فى ثمانيه و أربعين، أو أربعه فى ستين تبلغ مائتين و أربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسأله الإجازه مضروبا فى وفق مسأله الرد، و من رد أخذ نصيبه من مسأله الرد مضروبا فى وفق مسأله الإجازه، فمع إجازه البنت يكون لها مائه و اثنى عشر هو الحاصل فى ضرب ثمانيه و عشرين فى أربعه، و للزوجات عشرون هى الحاصله من ضرب أربعه فى خمسه، و الباقى و هو مائه و ثمانيه للموصى له و لو أجاز بعض الزوجات، فله نصيبها من المجاز و هو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه ثلث التركه، و هو ثمانون، و هو خلاصه ما فى الدروس المفروض فيها المسأله بالابن و أربع زوجات، الذى لا فرق بينه و بين البنت فى ذلك، ثم قال: و ان شئت

مع اجازه البعض أن تـدفع الثلـث إلى الموصـى له، و يقسم البـاقى بين الـوارث فريضه على تقـديرى الإجـازه و عـدمها، فيـأخذ الموصـى له التفـاوت، فتـدفع هنا إلى الموصـى له ثمانين، ثم تقسم الباقى، و هو مائه و سـتون فريضه، للزوجات عشـرون و للابن مائه و أربعون، هذا على تقدير الرد، و فى تقدير الإجازه للابن مائه و اثنى عشـر، و للزوجات الأربع سـته عشـر، و يظهر من ذلك بأن الزائد على الثلث فى مسأله الإجازه، و هى سـتون ثمانيه أسـهم، و قد صارت مضـروبه فى أربعه فيكون اثنين و ثلاثين سـهما، فيقسـمها فريضه، فيكون للزوجات: أربعه و للابن ثمانيه و عشـرون، فالتفاوت بين نصيبى الابن ثمانيه و عشرون و بين نصيب كل واحـده من الزوجات سـهم، فبالإجازه من البعض تدفع ذلك التفاوت، و لك طريق ثالث، و هو أن تضـرب ما زاد على الثلث فى مسأله الإجازه فتقسم بين الورثه فريضه، فإن انقسم صـحت المسألتان من مسأله الإجازه و إن انكسـرت ضـربت مسأله الإجازه فى مخرج الكسـر، و قد عرفت أن الزائد على الثلث هنا ثمانيه فتقسـمها على الورثه ينكسـر فى مخرج الربع، فتضـرب أربعه فى ستين تبلغ مـائتين و أربعين و يبقى الزائـد على الثلث اثنـان و ثلاـثون فتقسم بين الورثه كمـا مر، فلو أجاز الزوجات دون الابن صـحت المسأله من ستين لابن الموصـى له يأخذ نصيبهن من الزائد، و هو سهم، و تبقى للابن سبعه إلى غير ذلك مما هو واضح عند من له معرفه بالحساب، بل ربما كان غير الفقيه أعرف منه فى ذلك، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو أوصى لأجنبى بنصيب ولده قيل تبطل الوصيه]

المسأله الثـانيه: لو أوصـى لأـجنبى بنصـيب ولـده قيل: و القائل الشـيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه و تبعه عليه الفاضل فى المختلف تبطـل الوصـيه لأنهـا وصـيه بمسـتحقه التى مرجعهـا إلى العزل عن الميراث أو إلى الوصـيه بمـال الغير، و هى فيهما معا باطله، و لأن صحتها موقوفه على بطلانها، فيستلزم وجودها عدمها، إذ لا تكون صحيحه، إلا أن يكون للابن نصيب، و لا يكون له نصـيب حتى تبطل هذه الوصيه، لأنه لا يملك الموصى به لقوله تعالى (۱)«مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِها أَوْ دَیْنٍ» و لأن بطلانها لازم لكل من النقيضين، فإنه إن ثبت للابن نصيب، امتنعت صحتها، و إن لم يكن له نصيب انتفى

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۱۲.

متعلقها.

و قيل و القائل بعض علمائنا كما فى المختلف يصح، و يكون كما لو أوصى بمثل نصيبه و هو أشبه عند المصنف بقاعده وجوب الحمل على المجاز عند تعذر الحقيقه التى لها صحت الوصيه بمثل نصيب الابن، مع أنه لا نصيب له فعلا، و لكن فيه أن البطلان على تقدير الحقيقه، ليس من تعذر الحقيقه، ضروره أنه لا بأس بالتزامه، و صحه الوصيه بمثل نصيب الابن، للظهور فى إراده المعنى المزبور الممنوع دعواه هنا، و احتمال كون المراد الوصيه بجميع المال- باعتبار أن الولد لما لم يكن له نصيب الآن، و إنما يكون نصيبه بعد الموت كان اضافه النصيب إليه مجازا فى جميع التركه، فكأنه قال: جميع التركه لفلان التى نصيب ابنى لو فرض كونه وارثا لها وحده من غير مزاحم له من وصيه و لا غيرها، و هذا و ان كان مجازا، إلا أنه ليس هنا معنى حقيقى

يمكن حمله عليه، حتى يقال: تقدم الحقيقه على المجاز- يدفعه عدم القرينه الداله عليه، بل حمله على إراده حرمان الوارث، و وضع الموصى له موضعه أظهر من ذلك.

نعم قد يناقش فى البطلان على هذا التقدير أيضا لعموم أدله الوصيه فالمتجه حينئذ نفوذها مع اجازه الوارث، و مع عدمها تبطل منها ما زاحم الوارث و تصح فى غير ذلك، و هو الثلث، و تكون حينئذ كالوصيه بجميع المال.

اللهم إلا أن يقال: إنها ظاهره فى إراده الوصيه بنصيب الوارث من حيث كونه نصيبا، و هو لا تصح الوصيه به، ضروره عدم اجتماع كونه نصيبا و كونه موصى به، و لعله لذا قال فى الدروس: «و لو أوصى بنصيب وارث فان قصد عزله من الإرث فالأقرب البطلان، و إلا حمل على المثل، و فيه معلوميه إراده كونه نصيبا لو لا الوصيه به لا كونه نصيبا لو لا الوصيه به لا كونه نصيبا مع كونه موصى به، فالمتجه حينئذ الصحه مع الإجازه، و عدمها مع عدمها، و ليست هى كالوصيه بمال الغير الذى لا تعلق للموصى فيه، و لا مما يستلزم وجودها عدمها و لا بطلانها لازم للنقيضين على التقدير الذى سمعت، بل منه يعلم ما فى إطلاق الشيخ بطلانها، و إطلاق غيره الصحه، و الحمل على المثل أو على الجميع الذى أطب فيه فى المسالك تبعا لجامع المقاصد، مدعيا أنه

المتبادر عند الإطلاق، و أنه لا يفهم من اللفظ إلا ذلک، بل معظم القائلین بالصحه لا یریدون إلا ذلک، و إن ذکر بعضهم لفظ المثل، لکن مرادهم من الوصیه بجمیع المال، علی معنی أنه مثل ابنی لو لم تکن وصیه و لا وارث، لا أن المراد له نصیب مثل نصیب ابنی فیکون شریکا له فی النصف إذا لم یکن سواهما علی حسب ما سمعته فی المسأله السابقه- قال- «نعم فی عباره الشیخ فخر الدین ما یؤذن بفهمه اراده النصف من القائل بالصحه، لأنه قال فی شرحه بعد تقریر القولین: فعلی الصحه، لا فرق بین زیاده لفظ المثل و حذفها، فقوله أوصیت بنصیبه مثل أوصیت بمثل نصیبه، و أنما فرق القائل بالبطلان و هی کالصریحه فی المشارکه، کما لو کان المثل مذکورا و قد شدد النکیر علی المحقق الثانی فی دعواه اختصاصه باحتمال الصحه علی معنی إراده الجمیع، و إن المعروف بین الفقهاء قولان: أحدهما البطلان، و الثانی الصحه علی اراده المثل علی وجه المشارکه ثم حکی عباره أصحابنا أکثر مع وجود الآخر، و حمله علی النصف فی کلام العامه أکثر مع وجود الآخر».

قلت: و لکن قد عرفت أن المفهوم من العباره غیر ذلک کله، و هو ما عرفته إلا مع قرینه خارجه تدل علی ما یقتضی البطلان، أو الجمیع، أو المشارکه، و حینئذ یکون خارجا عن محل النزاع الذی من المعلوم کون هذا اللفظ مجردا عن القرائن الخارجیه فتأمل جیدا و الله العالم.

و کیف کان ف لو کان له ابن قاتل أو کافر أو عبد، فأوصی بنصیبه حمل علی مثله کما فی الدروس لدلالته علی إراده ذلک.

نعم لو أوصی بمثل نصیبه قیل: صحته الوصیه علی معنی نصیبه لو لم یکن قاتلا صونا للکلام عن الهذریه، و فی المختلف صحه ان کان الموصی جاهلا- بأن الابن قاتل، أو بأن القاتل لا یرث، و تبطل ان کان عارفا بهما، و استحسنه فی المسالک و قیل و القائل الشیخ فی مبسوطه لا تصح، لأنه لا نصیب له و هو أشبه عند المصنف بل عن المبسوط القطع بذلک و لم یذکره غیره إلا الأقوی فی النظر الصحه مطلقا لظهور کون المفهوم منه عرفا أن له نصیبا مثل نصیبه لو لم یکن مانع الإرث، و لو کان جاهلا، إذ جهله لا ینافی صحه الوصیه المعلوم عدم اشتراطها بفعلیه نصیبه، کمعلومیه عدم توقف المعنی علی ذلک کما هو واضح.

[المسأله الثالثه إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه]

المسأله الثالثه: إذا أوصى بضعف نصيب ولده مثلا كان له مثلاه لأن ضعف الشی ء مثلاه كما هو الأشهر بين الفقهاء على ما فى المسالك، بل عن الخلاف حكايته عن عامه الفقهاء و العلماء و إن كان فيه أنه خلاف ما فى الصحاح، و عن الجمهره و أبى عبيد القاسم بن سلام من أن الضعف المثل.

نعم عن الأزهرى الضعف المثل فما فوقه، و ليس بمقصور على مثليه فأقل الضعف محصور فى الواحد، و أكثره غير محصور، و عن الخليل الضعف أن يزاد على أصل الشی ء فيجعل مثلين أو أكثر، و عن نهايه ابن الأثير الضعف مثلان، و يمكن أن يريد الأزهرى و الخليل بيان الضعف بالمعنى المصدرى الذى لا ينحصر فى المثل أى المضاعفه، فلا ينافى حينئذ معناه الذى هو المثل فى غيره، بل لعل عرفنا اليوم شاهد على ذلك، و حينئذ فالمتجه فى محل البحث أن يكون له مثله، اللهم إلا أن يكون المراد مثله مضاعفا، و حينئذ يكون له مثلاه، كما ذكره المصنف و غيره بل قيل: انه المشهور، و أنه يشهد له قوله تعالى (۱)«إِذاً لَأَذَقْناكَ ضِعْفَ الْحَياهِ وَ ضِعْفَ الْمَماتِ» أى عذاب الدنيا و عذاب الآخره مضاعفا و قوله (۲)«فَأُولئِكَ لَهُمْ جَزاءُ الضِّعْفِ» و قوله (۳)«فَأُولئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ».

و لكن المتجه على ذلك أنه لو قال: ضعفاه كان له أربعه أمثالها كما عن المبسوط و مع ذلك قيل: ثلاثه أمثاله، بل فى المتن و غيره هو أشبه أخذا بالمتيقن و فيه أن المتيقن المثلان لما عرفت من تفسير الضعف بالمثل ممن سمعت، كما أن المتيقن هو الوصيه بالضعف التى حكم فيها بالمثلين، و ما فى المسالك من أنه لم يعتد بالقولين لضعفهما و شذوذهما بخلاف القول بالثلاثه المحكى عن بعض أهل اللغه التصريح بأن ضعفى الشی ء هو و مثلاه، فيكون ثلاثه أمثاله،- يدفعه ما عرفت من تصريح من سمعت به لأنها عباره، و التصريح الذى ذكره هو المحكى عن أبى عبيده معمر بن المثنى قال:

ضعف الشی ء هو و مثله و ضعفاه هو و مثلاه.

۱- ۱ سوره الإسراء الآيه- ۷۵.

۲- ۲ سوره سبأ الآيه- ۳۷.

۳- ۳ سوره الروم الآيه- ۳۹.

قلت و علیه تکون الوصیه بضعف النصیب، وصیه بالنصیب و مثله، و بضعفیه به و مثلیه و لیس هو المراد قطعا، و یمکن أن یکون المراد مقدار النصیب، و مثله الضعف فیکون مثلین، و مقدار النصیب، و مثلاه الضعفان، فیکون ثلاثه أمثاله.

و فی الدروس و لو أوصی له بضعف نصیب ولده أعطی مثلیه، و بضعفیه ثلاثه أمثاله- و فی المبسوط أربعه أمثاله- و بثلاثه أضعافه أربعه أمثاله، و الأصل فیه أن ضعف الشی ء هو و مثله، و ضعفاه هو و مثلاه، و هکذا، و علی قول المبسوط کل ضعف مثلان.

و علی کل حال، فلا ریب فی أن المتجه ما فی المبسوط، بناء علی أن المراد من الضعف المثلان، و الأخذ بالمتیقن لا یعارض ظاهر اللفظ، و منه یعلم أن ما فی قوله أیضا و کذا لو قال: ضعف ضعف نصیبه أی کالضعفین فی القولین، و أن الأشبه ثلاثه أمثاله، و ذلک لأن من قال إن الضعف المثلان فتضعیفه قدره مرتین، و هو أربعه أمثال، فیکون الموصی به ضعف ضعف النصیب، و من قال: بأنه ضم مثل الشی ء إلیه فیضعف هذا الضم زیادته مره أخری، فیکون ثلاثه و ضعفه، و قد اعترف فی المسالک هنا بضعفه، فقال: انه مخالف للتفسیرین السابقین للضعف لأن من جعله المثل فالتضعیف مثلان، و من جعله مثلین لزم أن یکون تضعیفه أربعه، و أما اعتبار المنضم خاصه، ففیه أن الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل و الزائد لا نفس الزائد، و إلا لکان هو القول بالمثل، و بالجمله، فالقول بأن ضعف الضعف ثلاثه أمثاله ضعیف جدا، و قد وافقه علیه العلامه فی التذکره و الإرشاد.

و فی المسأله وجه ثالث، أن ضعف الضعف سته أمثال، بأن یکون الضعف و مثله معا هو الموصی به، و یضعف بأن الوصیه بالمضاف خاصه.

و رابع أنه مثل واحد، بناء علی أن الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل، و المثل واحد، فمثله کذلک، و قد عرفت ضعف المبنی علیه، و قد ظهر أن أرجح الأقوال کون ضعف أربعه أمثال.

قلت: لکنه ینافی ظاهرا موافقته للمصنف فی المسأله السابقه من الأخذ بالمتیقن نعم هو متجه علی ما قلناه، فتأمل جیدا، فان ما فی المسالک هنا لا یخلو من المناقشه من وجوه أخر.

و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا أوصی بثلثه للفقراء و له أموال متفرقه جاز صرف کل ما فی بلد إلی فقرائه]

المسأله الرابعه: إذا أوصی بثلثه للفقراء، و له أموال متفرقه، جاز صرف کل ما فی بلد إلی فقرائه قطعا للصدق الذی لا ینافیه احتمال إراده فقراء بلده بعد عدم الدلیل علیه، فالأخذ بظاهر اللفظ حینئذ الشامل لهذا الفرد متجه.

و کذا لو صرف الجمیع فی فقراء بلد الموصی جاز أیضا لذلک.

نعم فی المسالک ان لم یستلزم تعزیرا بالمال بسبب نقله، و لا تأخیرا لإخراج الوصیه مع إمکان التعجیل، و إلا أشکل الجواز لذلک، و فیه أنه لا إشکال أیضا و إن أثم أو ضمن، إذ الکلام فی أصل جواز صرفه فیهم، علی أنه یمکن فرض غرض صحیح لجواز النقل کأولویه المستحق، و وجود الحاکم و غیر ذلک مما سمعته فی الزکاه، أما لو فرض عدم المستحق فی بلد المال، و عدم الخطر فی نقله فلا إشکال أصلا، کما أنه لا إشکال فی جواز إخراج قدر الثلث من المال الذی فی بلد الموصی، و ترک الأموال المتفرقه للورثه، مع رضاهم بذلک، لأن المعتبر إخراج ثلث المال بالقیمه، لا الإخراج من کل شی ء ثلثه، و أن کان إطلاق الثلث یقتضی الإشاعه إلا أن یتعلق غرض للموصی بشی ء من الأعیان أو الجمیع فیتبع مراده حینئذ».

و کیف کان ف یدفع إلی الموجودین فی البلد، و لا یجب علیه تتبع من غاب لأن الفقراء غیر منحصرین، فلا یجب الاستیعاب، و لا تتبع من لیس فی البلد لذلک.

و فی المسالک، و یفهم منه وجوب استیعاب من فی البلد منهم، و وجهه أن الموصی لهن مستحقون علی جهه الاشتراک، لا علی جهه بیان المصرف کالزکاه، و بهذا یظهر أن عدم وجوب التتبع رخصه، و أنه لو صرفه إلی غیر الموجودین أو إلیهم مع غیرهم جاز».

قلت فیه أولا: منع عدم إراده المصرف من مثل اللفظ الذی لا فرق بین تعلق خطاب الزکاه و غیره فی فهم أهل العرف منه ذلک، و لو بقرینه عدم حصر الفقراء و نحوه و ثانیا: أن استحقاق الموصی لهم علی جهه الاشتراک لا علی المصرف لا یقتضی ما ذکره

من الرخصه، و من جواز الصرف إلى غير الموجودين أو إليهم و إلى غيرهم كما هو واضح، خصوصا بعد أن ذكر ذلك وجها لوجوب استيعاب من فى البلد المنافى لذلك و الله العالم.

و على كل حال ف هل يجب أن يعطى ثلاثه فصاعدا؟ قيل: نعم، و هو الأشبه عند المصنف عملا بمقتضى اللفظ الذى هو جمع، و أقله ثلاثه على المختار، و حينئذ لا يجوز أن يقصر عن ثلاثه، فان لم يوجد فى البلد وجب الإكمال من غيره مراعاه للفظ الجمع، و أن الحكم ليس لبيان المصرف عنده، و إلا لاكتفى بالواحد و أشكله فى المسالك «بأنه إن كان للاشتراك وجب تتبع الممكن، و إن كان لبيان المصرف لزمه الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب من فى البلد و عدم وجوب صرفه إلى غيرهم، مع وجوب الدفع إلى ثلاثه لا يخلو من اشكال» ثم قال: و لعل الوجه فيه أن مراعاه الجمع يوجب الثلاثه فصاعدا، و استيعاب من حضر لاشتراكهم فى الاستحقاق و عدم وجوب الدفع إلى من سواهم رخصه و تخفيف.

قلت: لم لا يكون هذا منه قرينه على عدم إرادته استيعاب من فى البلد، من قوله «و لا يجب تتبع من غاب» فيكون حاصله عدم وجوب تتبع من غاب، و عدم وجوب استيعاب من فى البلد، و لكن يجب إعطاء الثلاثه فصاعد مراعاه للفظ الجمع المراد من تعريفه الجنس لا الاستغراق، فهو للمصرف عنده، إلا أنه يراعى فى المصرف أقل الجمع فصاعدا.

بل قوله و كذا لو قال: أعتقوا رقابا، وجب أن يعتق ثلاثه فما زاد، الا أن يقصر ثلث مال الموصى شاهد لذلك، ضروره كون المراد منه عدم الفرق بين الجمع المنكر و المعرف الذى لا يراد الاستغراق بتعريفه، و أنما المراد منه العهد الذهنى على حسب الإراده فى المفرد، فى نحو أدخل السوق و اشتر اللحم و نحو ذلك.

نعم قد يشكل بظهور إراده الجنس الذى يلغى فيه مراعاه أقل الجمع، كما يلغى مراعاته مع إراده الاستغراق من مثل هذا اللفظ الذى علم عدم إراده الاستغراق منه، و لذا لم يراع فى مصرف الزكاه و الخمس أقل الجمع فصاعدا، و لكن لا ريب فى أن الأحوط ما ذكره، كما أنه لا ريب فى عتق الممكن من الأقل مع عدم سعه الثلث، لعدم سقوط الميسور بالمعسور و لأن

دلاله الجمع على إفاده كـدلاله اسم كل واحد منها عليه، فلا يسـقط التكليف بالممكن منها بتعذر الآخر، فلا يرد أن الموصـى به مسمى الجمع فينبغى بطلان الوصيه أو توقع تنفيذها مع رجائه.

إنمـا الكلاـم فيما لو قصـر حتى عن لواحـد، فهل يجب إعتاق شـقص مع الإمكان قولان: مع أنه فى المسالك اسـتقرب الوجوب، لثبوت عتق الجزء كالكل، و لعموم «لا يسقط(۱)»

و «ما استطعتم»

و نحوهما، لكن قد يناقش فيه بأن لفظ الرقبه لا يدل على البعض إلا تضـمنا، و الدلاله التضمنيه تابعه للمطابقيه، فإذا فات المتبوع انتفى التابع و دعوى- أن عتق الرقبه لما لم يتحقق إلا بعتق جميع أجزائها، فكل جزء مقصود عتقه، و مأمور به بالـذات لا بالتبعيه، فيجب حيث يمكن- واضحه المنع، ضروره أن المقدمه وجوبها تبعى لا ذاتى كما حقق فى محله.

نعم قد يقال: إن صرفه فى ذلك أولى لأنه أقرب إلى مراد الموصـى، و لأنه بعض أنواع البر الذى هو مصـرف الوصـيه المتعذره على الأصح كما تقدم، من غير فرق بين ما تجدد تعذرها و بين المتعذره ابتداء فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أوصى الإنسان بعبد و لآخر بتمام الثلث صحت الوصيتان]

المسأله الخامسه: إذا أوصى الإنسان بعبد، و لآخر بتمام الثلث باعتبار قيمه العبد صحت الوصيتان لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فيقوم العبد يوم موت الموصى الذى هو حال نفوذ الوصيه، و ينظر إلى بقيه التركه، فإن

خرج العبد من الثلث صـحت وصـيته، و ينظر بعد ذلك فإن بقى من الثلث بقيه فهى للموصى له الثانى و إلا بطلت الوصيه لفوات متعلقها و هذا واضح.

إنمـا الكلاـم فيمـا لو تغيرت قيمه العبـد أو بقيه التركه، و قـد عرفت فيمـا تقـدم أن المعتبر فى قيمه التركه حال الوفاه بالنسـبه إلى الزيـاده و النقصان، و حينئـذ فإذا فرض حـدوث نقص فى التركه قبل قبض الوارث، فالنقص على الموصـى له الثانى لأن الوصـيه بتكمله الثلث بعد الوصى الأولى، فلا بد من اعتبار خروج الأولى أولا ثم الثانيه إن بقى لها من الثلث شى ء.

و لو حـدث فى العبـد عيب قبل تسـليمه إلى الموصـى له، كان للموصـى له الآخر تكمله الثلث بعد وضع قيمه العبد صـحيحا لأنه قصد عطيه التكمله و العبد

۱- ۱ عن غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

صحيح فلا بد من ملاحظه قيمته صحيحا فى الإخراج من الثلث، فلو فرض أن قيمه العبد صحيحا مائه، و الباقى من التركه خمسمائه، فأصل الثلث مائتان، و الوصيه الثانى بمائه، فإذا تجدد نقص العبد خمسون مثلا رجعت التركه إلى خمسمائه و خمسين و ثلثها مائه و- و ثلاثه و ثمانون و ثلثا، فإذا وضع منه قيمه العبد صحيحا بقى ثلاثه و ثمانون و ثلث للموصى له.

لكن فى المسالك «و يشكل بأن مقتضى الوصيه أن يكون بيد الورثه ضعف ما بيد الموصى له الثانى بعد إسقاط الأولى، و هنا ليس كذلك، لأن الباقى من المال بعد قيمه العبد خمسمائه، فيجب أن يكون نقص العبد محسوبا من التركه بالنسبه إلى الأول، فهو كالباقى، فالمتجه أن يكون للثانى مائه، و الواصل إلى الورثه الثلثان و زياده».

و فيه أنه مناف لغرض قصد الموصى الوصيه للثانى بما زاد عن قيمه العبد صحيحا و لو باعتبار ظهور الوصيه كذلك، ثم الوصيه بالتتمه للثانى، و اعتبار كون ما بيد الورثه ضعف ما بيد الموصى له مسلم مع عدم صدور النقص بالعين الموصى بها، الذى هو كتلف بعض العين الموصى بها، ضروره اقتضائه زياده الورثه حينئذ، و احتساب نفس النقص من التركه مناف للواقع، و مضر للوارث كما هو واضح.

و على كل حال فالزياده للوارث، ضروره عدم استحقاق الموصى له بالعبد إياها لأنها ليست مما أوصى بها له، و لا الثانى لأنها ليست من التتمه، ففى الفرض يأخذ الموصى له الثانى ما زاد عن قيمه العبد صحيحا، من المائه و الثلاثه و ثمانين و هو ما عدا المائه، فتكون الخمسون للورثه، و على ما ذكره هو يكون للوارث ثلاثه و ثلاثون و ثلث، هذا كله فى النقص للعيب.

أما لو كان باعتبار السوق و كان خمسين مثلا اعتبر قيمه التركه عند الوفاه، و لا ينقص بسببه شى ء على الثانى، بل يعطى تمام الثلث حينئذ، و هو مائه و ثلاثون و ثلث، و الفرق أن العين هنا قائمه بحالها، و الثلث انما يعتبر عند انتقال التركه عن الموصى و هو حال الوفاه، بخلاف نقص المعيب، فإنه نقص محسوس له حصه من الثمن، و لهذا ضمنه الغاصب و يثبت أرشه للمشترى، دون رخص السوق، مع احتمال أن يقال أيضا أن الموصى قصد التتمه مع مساواه العبد القيمه العليا فتأمل.

و كذا لو مات العبد قبل موت الموصى بطلت الوصيه به بفوات متعلقها و أعطى الآخر ما زاد عن قيمه العبد الصحيح لأن له تكمله الثلث، فلا يسقط بموته شى ء، فيعتبر قيمته عند وفاه الموصى لو كان حيا، و يحط قيمته من الثلث، و يدفع الباقى إلى الموصى له الثانى.

نعم لو فرض نقص المال غير العبد كأن ينقص مائه مثلا فالنقص على الثانى فيكون له سته و ستون و ثلثان، و لا يجرى مجرى موت العبد، لأن الفائت هنا على الورثه و هناك على الموصى له الأول، و جانب الورثه موفر، كما أنه لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاه كان محسوبا عليهم، فيكون للثانى تمام المائه هذا.

و لكن فى الدروس، و لو أوصى له بعبد، و لآخر بتمام الثلث صح، فان مات العبد قبل الموصى بطلت الوصيه به و يعطى الآخر التتمه، فلو كان قيمته مائه و باقى المال خمسمائه، أعطى الثانى مائه و يشكل بأن الثلث الآن أنقص من الأول، و كذا لو عاب أو رخص، و مقتضاه حينئذ إعطاء تتمه الثلث الآن لا غير بعد إسقاط قيمه العبد صحيحا، لأن الموصى قصد ذلك، و فيه أن الموصى قصد ذلك بعد ملاحظه العبد من التركه لا أنه يخرج من ثلث ما عداه، فلا فرق حينئذ بين موته قبل الموصى و بعده، كما أنه لا فرق فى أصل المسأله بين تسليم العبد إلى الموصى له و عدمه، بعد فرض كون التعيب فى حياه الموصى، كما عساه يومى إليه الحكم ببطلان الوصيه بموته ضروره أن تسليمه قبل موت الموصى كعدم تسلمه فالتقييد حينئذ فى المتن و غيره بذلك غير واضح، و دعوى- إمكان إرادته الأعم من حياه الموصى و موته- يدفعها عدم تماميه الحكم حينئذ فيما بعد الموت، بناء على أن القبول كاشف عن الملك حين الموت، فالنقص بالعيب حينئذ داخل فى ملك الموصى له الأول، فلا يحتسب على غيره.

و بذلك كله و ما تقدم فى المباحث السابقه ظهر لك الحال فى أقسام المسأله و أن كثرها فى المسالك فقال: انما الكلام فيما لو تغيرت قيمه العبد أو بقيه التركه بزياده أو نقصان قبل موت الموصى، أو بعده، و قبل تسلم الموصى له العبد أو بعده، و قبل وصول الثلثين إلى الورثه أو بعده، لكن عند التأمل لا محصل لها فتأمل جيدا هذا.

و قد ظهر مما قدمناه سابقا أنه لو كانت قيمه العبد بقدر الثلث بطلت الوصيه للآخر لانتفاء موضوعها.

[المسأله السادسه إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه و هو مريض عتق عليه من أصل المال]

المسأله السادسه: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه، و هو مريض، عتق عليه من أصل المال إجماعا منا سواء قلنا: بأن المنجزات منه أو من الثلث لأنه على الثانى انما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه مما فيه ضرر بالوارث و هنا مع أنه لم يخرجه عن ملكه حتى يكون من التنجيز، بل بالقبول ملكه و لكن انعتق عليه قهرا تبعا لملكه لمن يكن فيه ضرر على الوارث.

و ما عن بعض العامه- أن خروجه من الثلث كالعتق اختيارا، بل عن العلامه أنه قواه فى التحرير، لأن اختيار السبب كاختيار المسبب، فمتى كان الأول مقدورا فالثانى كذلك، و قهريه العتق لا يقتضى الخروج من الأصل، مع استنادها إلى اختيار المريض فى التملك- واضح الضعف بعد ما عرفت، و مثل لو وهب فقبل الهبه و هو مريض، و كذا لو كان قد ملكه بغير اختيار كالإرث، بل هو أولى بالحكم من الأول.

نعم لو ملكه مختارا بعوض موروث كما لو اشتراه مثلا بثمن المثل اتجه القول بخروجه من الثلث، لأن تملكه له باختياره سبب عتقه، فجرى مجرى المباشره المفوته للمال على الوارث، و لو باعتبار بذل الثمن فى مقابله ما يعلم فواته، و زوال ماليته، مع أن المحكى عن أحد قولى الفاضل فى القواعد نفوذه من الأصل أيضا، لأنها انما يحجر عليه فى التبرعات، و الشراء ليس بتبرع فلا يكون محجورا عليه، و العتق حصل بغير اختياره، فلا يعتبر فيه الثلث، و أن كان فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

أما لو اشتراه بما يزيد عن ثمن المثل، فلا ريب فى كون الزائد محاباه يخرج من الثلث، بناء على القول بكون التبرعات منه كما أن الظاهر خروجه من الأصل على القولين لو ملكه بعوض موروث، و لكنه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، مثل ما لو نذر فى حال المرض- ان جوزنا كونه من الأصل- أنه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده و هو مريض فاشتراه، و قد يحتمل ضعيفا كونه من الثلث لحصول السبب المقتضى

للتصرف فی المرض.

و فیه أنه بعد أو کان ذلک سبب إیجاد الشارع صار بمنزله الدین، و کذا لو ملکه بعوض غیر موروث باختیاره، کما لو آجر نفسه للخدمه به، فیعتق من الأصل علی القولین، لعدم تفویته شیئا علی الورثه، و أولی أن یملکه کذلک بغیر اختیاره، بل بإلزام الشارع، کما لو کان قد نذر تملک بالإجاره کذلک.

و لو اشتری أباه بدون ثمن المثل بأن حاباه البائع بالنصف مثلا، فباعه إیاه بخمسمائه، و هو یسوی ألفا صح حینئذ فی سبعه أعشاره عند الشیخ و من وافقه، لأن نصفه بمنزله الهبه الذی تخرج من الأصل، و عشران منه ینفذ فیهما البیع، بناء علی أن الترکه ستمائه فثلثها منها مئتان، فینفذ فیهما البیع، و یبطل فی الباقی، و یرد من الثمن ثلاثمائه، فهی مع المائه الباقیه أربعه ثلثان للورثه.

و فیه: أن بطلان البیع فی جزء من أحد العوضین یقتضی بطلانه فی مقابله من العوض الآخر لأن المجموع فی مقابل المجموع، و لیست المحاباه هبه حقیقه، و انما هی فی معنی الهبه فتمتنع الصحه فی مجموع أحد العوضین، و البطلان فی البعض الآخر، فالمتجه حینئذ بطلان البیع فی ثلاثه أخماس العبد، فی مقابله ما زاد علی ثلث الترکه، أعنی ثلاثه أخماس الثمن، و هو ثلاثمائه، و یصح فی خمسیه بمائتین فینعتق فیه الخمسان، و یکون التصرف فی ثلث الترکه أعنی المائتین- و الله العالم.

[المسأله السابعه لو أوصی له بدار مثلا فانهدمت و صارت براحا ثم مات الموصی بطلت الوصیه]

المسأله السابعه: لو أوصی له بدار مثلا فانهدمت لا بفعل الموصی و صارت براحا، ثم مات الموصی، بطلت الوصیه، لأنها خرجت عن اسم الدار الذی هو المرکب الفائت بفوات أحد أجزائه، و خصوصا ما تفوت به حقیقته.

و لکن مع ذلک فیه تردد ینشأ مما سمعت، و من بقاء بعض متعلق الوصیه الذی لا یفوت بفوات البعض الآخر، بعد أن کانت الوصیه بکل جزء جزء، و إن أداها بالوصیه باسم المجموع، لکنه کما تری، ضروره ظهور اللفظ فی الوصیه بالبعض من حیث کونه جزء من المرکب، لا أنه وصیه به لنفسه مستقلا، کما أوضحنا ذلک فی باب البیع عند

البحث على مسأله جواز بيع الوقف عند خرابه، و ربما فصل بعضهم بأنه إن كان الموصى به دارا معينه، فانهدمت فالوصيه باقيه، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، و تغير الاسم لم يثبت كونه قادحا، و الباقى منها بعض ما أوصى به، و إن كان قد أوصى له بدار من دوره، فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت، لانتفاء المسمى و استحسنه فى المسالك.

و فيه ما لا يخفى بعد ما سمعت، ضروره الاكتفاء فى البطلان بانتفاء الموصى به، باعتبار جعل عنوانا لوصيه الاسم المخصوص المفروض انتفاء مسماه بالانهدام و كفى بذلك مبطلا من غير فرق بين كونها معينه أو لا، هذا.

و فى المسالك «و موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصى، و إلا كان رجوعا» قلت: هو ليس الا لما ذكرناه مما لا فرق فيه بين فعل الموصى و غيره فتأمل جيدا كى تعرف الحكم فى نظائره المسأله، بل و فى غير الوصيه.

[المسأله الثامنه إذا قال أعطوا زيدا و الفقراء كذا كان لزيد النصف من الوصيه]

المسأله الثامنه: إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصيه كما لو أوصى لقبيلتين مختلفى العدد و قيل: الربع لأن أقل الفقراء ثلاثه، و قد شرك بينهم، و بين زيد بالعطف، فيكون كأحدهم، و فيه أن التشريك بين زيد و الفقراء لا بينه و بين آحاد الجمع، فهو حينئذ فريق و الجمع فريق آخر، و إلا لم يكن الربع، ضروره عدم انحصار آحاد الجمع فى الثلاثه، و كونها أقل لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل له و لغيره.

و من هنا يحكى عن بعض العامه وجه ثالث فى المسأله: و هو أن يكون زيد كأحد الفقراء.

فإن قسم المال على أربعه من الفقراء أعطى زيد الخمس، و هكذا.

و رابع: أنه يعطى زيد أقل ما يتمول و لا يجوز حرمانه، و إن كان غنيا.

و خامس: أنه إن كان فقيرا فهو كأحدهم، و تخصيصه للاهتمام به، و إن كان غنيا فله النصف.

و سادس: إن كان غنيا فله الربع، و إلا فالثلث، لدخوله فيهم.

و سابع: أن الوصيه فى حق زيد باطله لجهاله من أضيف إليه، و إن كان الجميع كما ترى، و لذا انحصر أقوال أصحابنا فى الأولين و قد عرفت أن- الأول منهما أشبه بل لعله كذلك وصف زيدا بوصف الجمع، فقال: لزيد الفقير و الفقراء، و أولى منه لو وصفه بغير وصفهم، كما لو قال: لزيد الكاتب و الفقراء.

و على كل حال فلا بد من الصرف إلى ثلاثه من الفقراء مراعاه لصيغه الجمع إذا لم يفهم منه إراده الجنس على جهه مصرف الزكاه كما عرفته سابقا و الله العالم.

[القسم الثانى فى تصرفات المريض]

اشاره

القسم الثاني: في تصرفات المريض و هي نوعان مؤجله بما بعد الموت و منجزه أي حاضره معجله لم تؤجل بالموت

[أما المؤجله]

و المؤجله وصيه كتمليك عين أو منفعه مثلا و غير وصيه كالتدبير و النذر المؤجل بالموت.

و على كل حال ف حكمها حكم الوصيه فى الخروج من الثلث إجماعا و قد سلفت و كذا لك تصرفات الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت بناء على أنه ليس من الوصيه بل هو عتق، و قد تبعه على هذا التعبير الفاضل فى القواعد و الانصاف عدم خلوه عن سماجه.

و لعل الأولى منه جعل تصرفاته قسمين: وصيه أى معلقه بما بعد الموت، و منجزه، و الأولى من الثلث و الثانيه، ففيها البحث المعروف، و لا يرد التدبير و النذر المقيد بالموت بناء على أنهما من الوصيه بل و على تقدير أنهما ليسا منها فحكمهما فى محلهما، و لم يثبت صحه تصرف مؤجل بما بعد الموت غير وصيه غيرهما، على أن إلحاق النذر المزبور بالوصيه فى الحكم المذكور أحد القولين فى المسأله، و الآخر أنه من الأصل، فلا يناسب دعوى الإجماع عليه بل فى دعوى الإجماع على خروجه الوصيه من الثلث فضلا عنه مناقشه، لمعروفيه خلاف الصدوق فى ذلك اللهم الا أن لا يعتد بخلافه، و أيضا فمحل البحث هنا تصرفات المريض التى معظمها الوصيه و لم يفده إلا بالتشبيه، مع أن الحكم المزبور غير خاص بالمريض كما اعترف هو به.

و مـا فی المسالـک- من أنه بناء علی ما اسـتفید من تعریف المصـنف الوصـیه بأنها تملیک عین أو منفعه إلی آخره یتحقق أفراد کثیره یطلق علیها اسم التصـرف المؤجل دون الوصـیه، کالوصـیه بالعتق و الوقف علی جهه عامه، و الوصیه بإبراء المدیون، و غیر ذلـک،- فیـه مـا لاـ یخفی، ضـروره أنه لاـ وجه لإنکـار إطلاـق اسم الوصـیه العهـدیه علی ذلـک، و إن انتفی عنهـا اسم الوصـیه التملیکیه، کما کشفنا عن ذلک فی أول الکتاب، و الأمر فی ذلک سهل بعد وضوح المراد.

[أما منجزات المریض]

اشاره

أما منجزات المریض إذا کانت تبرعا محضا کالمحاباه فی المعاوضات و الهبه، و العتق و الوقف، فقد قیل: إنها من أصل المال، و قیـل: من الثلث، و اتفق القائلاـن: علی أنه لو برء المریض لزمت من جهته وجهه الوارث أیضـا أی من حیث کونها تبرع مریض و الخلاف فیما لو مات فی ذلک المرض.

و قد أشبعنا الکلام فی جمیع أطراف المسأله فی کتاب الحجر حتی فیما ذکره المصنف هنا أیضا من قوله و لا بد من الإشاره إلی ذلک المرض الـذی معه یتحقق وقوف التصـرف علی الثلث بناء علیه فنقول: إن المحکی عن الشـیخ و من تعبه أن عنوان الحکم فی ذلک المرض المخوف.

و حینئـذ ف کل مرض لا یؤمن من معه من الموت غالبا فهو مخوف، کحمی الـدق و السل، و قـذف الدم، و الأورام السودائیه و الـدمویه و الإسـهال المنتن، و الـذی یمـازجه دهنیه، أو بارز أسود یغلی علی الأرض، و ما شاکله مما یرجع فیه إلی أهل الخبره و التجربه من الأطباء، فإن الأمراض یحصل بها تفاوت، و له طرفان و واسـطه، أما أحـد الطرفین فهو الذی یقارن الموت، کحال من قطع حلقومه و مریه، و شق جوفه و أخرج حشوه، بـل قیل أن فی اعتبار نطق مثل هـذا إشـکال، ینشأ من عـدم اسـتقرار حیاته، فلا یجب بقتله دیه کـامله، و لاـ قصاص فی النفس بل حکمه حکم المیت، و لـذا لا یصـح إسـلام الکافر فی هـذا الحاکم، و لا توبه الفـاسق، فلاـ یعـد حینئـذ بیعه بیعـا، و لاـ إقراره إقرارا، و من صـدق کونه عاقلاـ رشـیدا، فالعمومـات متنـاوله و لا یلزم من إلحاقه بالأموات فی بعض الأحوال لدلیل خاص، إلحاقه بهم فی جمیعها، و إن کان الأقوی الأخیر.

و أما الثانی و هی الأمراض التی لا یقارنها الموت عاده

بـل الغـالب فيهـا السـلامه ف ان هـذه حكمهـا حكم الصـحه، كحمى يوم و كالصـداع عن مـاده أو غير ماده، و الرمـد و الرمل و السـلاق الـذى هو غلظ الأجفان عن ماده رديه غليظه، و يحمر لها الجفنان، و ينتشـر الهـدب بل ربما أدى إلى قلع الجفن، و فساد العين، و نحو ذلك من الأمراض التى ليست بمخوفه، بل قيل: منها الفالـج، و السل المسـتمر لتطاول أزمانهما، و ذلك لأن الفالج استرخـاء لأحـد شـقى البـدن لانصـباب خلـط بلغمى يفسـد منه مسالـك الروح، و السل داء يصـيب الريه، و يأخـذ البـدن منه فى النقصـان و الاصـفرار، فليسـا بمخوفين، لا ـ فى الأول و لا فى الثانى، إذ الثانى منهما و ان كان لم يسـلم منه صاحبه غالبا، لكن لا يخشـى من الموت عاجلا فهو بمنزله الشـيخوخه و الهرم، و قيل: إن انتهاءه مخوف، و ابتـدائه غير مخوف، لأن مـدته تتطاول، فلا يخاف من الموت عاجلا، فإذا انتهى خيف منه و ربما قيل إن ابتدائه مخوف، فإذا استمر لم يكن مخوفا.

و لكنـك خبير أنه لا ـ وجه لهـذا الخلاـف بين الفقهـاء، فـإن لا ـ مـدخل له فى ذلـك، و إنمـا المرجع فيه قوانين الطب، و التجربه خصوصا مع عدم معرفه زمان الانتهاء فإنه غير مضبوط كالابتداء.

و أما الواسـطه فهى ما أشار إليها المصنف بقوله و كذا ما يحتمل الأمرين كحكمى العفن المتعلقه بالاخلاط الأربعه مع تعفنها، و فى المسالـك أن الحمى العفيه أنواع منها الورد، و هى التى، تأتى كل يوم، و الغب يوما تترك يوما و الثلث تأتى يومين و تترك يومـا و تعود فى الرابع، و الأـخوين و هى الـتى تـأتى يومين و تـترك يومين و قـد أطلق المنصف أنهـا ليست مخوفه، بـل محتمله لأمرين، و ذكر جماعه منهم العلامه أن ما عدا الغب و الربع مخوف».

قلت: لكن فى القواعـد تمثيـل المحتمـل بحمى المطبقه قـال: لا ـ كحمى الربع و الغب إلا ـ أن ينضم إليها برسام أو عارف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رئه أو قولنج، و الأمر فى ذلك سهل بعد أن المرجع فى ذلك أهل الطب و التجربه.

و كـذا الكلام فى الزحير الـذى هو حركه منكره تـدعو إلى البراز بسـبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره و الأورام البلغميه و الطاعون و غيرها و ان ذكروا فى الأول منهما يكون مخوفا مع اقترانه بإسهال و نحوه، بل قيل: إن الإسهال

إذا تواتر و لم يمكن منعه فهو مخوف، لأن من لحقه ذلك أسرع فى موته لتجفيفه رطوبات البدن.

نعم ان لم يكن متواترا، فان كان يوما أو يومين و لم يدم فليس بمخوف لأنه قد يكون من فعل الطعام، الا أن يقترن به زحير، و هو أن يخرج بشده أو بوجع أو تقطيع بمعنى خروجه مقطعا، و قد يتوهم انفصال شى ء كثير، فإذا نظر كان قليلا، فإنه حينئذ يكون مخوفا لاضعافه القوه، و كذا لو كان معه دم، لأنه يسقط القوه و كذا الإسهال المنتن إذ الذى يمازجه دهنيه أو براز أسود يغلى على الأرض، و فى الأخير انه يكون من هيجان الدم على جميع البدن فينتفخ به البدن مع الحمى أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو إلى غير ذلك من كلماتهم المتكثره فى هذا المقام.

و المهم بيان أصل الحكم فإنه لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على جعل المخوف عنوانا للحكم كى يتجه المباحث المزبوره و غيرها، و إنما الموجود فيها «حضرته الوفاه، أو عند وفاته، و المريض، و غير الصحيح» و نحو ذلك. و دعوى كون المتيقن فيها المرض المخوف، فيبقى غيره على الأصول و العمومات كما ترى، أو عدم صدق المريض على غير المخوف عرفا، بل هو خاص بالمخوف و الحقيقه العرفيه مقدمه على غيرها، و كذا دعوى كون المراد من قوله «عند موته» ظهور أماراته لا نزول الموت قطعا، على أنه أقرب منه و المراد ظهور أماراته بالمرض لإشعار قوله

«المريض محجور عليه إلا فى ثلث ماله»

، بذلك، و للإجماع على عدم الحجر بغير المرض.

و من هنا قال المصنف و لو قيل: بتعلق الحكم بالمرض الذى يتفق به الموت سواء كان مخوفا فى العاده أو لم يكن لكان حسنا لإطلاق الأدله، بل فى القواعد أنه الأقرب، و حينئذ يراد بحضور الوفاه و عند الموت المرض الذى يموت به، لكن قد يناقش بمنع صدق اسم المرض بوجع السن و نحوه، و أن اتفق الموت بل لا يكاد يتفق العلم بحصول الموت به عاده، و احتمال الاكتفاء له- بمقارنه الموت له إن لم يعلم كون الموت به- مخالف لظاهر العباره.

نعم ربما كان ذلك ظاهر ما فى القواعد «الأقرب عندى أن كل تصرف وقع فى مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفا أم لا، فإنه يخرج من الثلث» بل فى جامع المقاصد «و إن كان

الإنصاف معلوميه عدم إرادته ذلك، كما أن الانصاف عدم ظهور الأدله فيما يشمل ذلك، و إن لم يعلم استناد الموت إليه، و قد ذكرنا تمام الكلام فى كتاب الحجر.

لكن قد يقال: هنا أن مقتضى الأدله الخروج عن الثلث بأحد أمرين.

أحدهما: المرض الذى يموت به سواء كان مخوفا أم لا.

و ثانيهما: حال حضور الوفاه، و إن لم يكن بمرض سابق بل كان تنجيزه فى حال نزعه، و تشاغله بخروج روحه، إن لم يكن إجماع على خروج ذلك من الأصل، كما عساه يظهر مما سمعته سابقا من جامع المقاصد، و إلا كان المتجه تقييد إطلاقات المريض، به، فيختص الخروج من الثلث بما إذا كان عند حضور الوفاه عرفا، و لعله شمل ما عدا الأمراض المزمنه التى تستمر سنين، فان الخروج من الثلث فيهما مختص بما إذا قرب موته بها عرفا، خصوصا من الأصل لا الثلث، و منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله أما وقت المراماه فى الحرب و امتزاج الطائفتين للقتال، مع تساويهما أو تقاربهما فى التكافؤ، بل الظاهر عدم اعتبار الامتزاج كما هو ظاهر المتن خصوصا فى المراماه بالرصاص و نحوه.

نعم فى المسالك لو كانت إحداهما قاهره لكثرتها أو قوتها، و الأخرى منهزمه مع أنه قد يقال:

يتحقق الخوف أيضا فى بعض أفراد ما فرض سيما مع الثبات.

و الطلق للمرأه، و تزاحم الأمواج فى البحر، فلا أرى الحكم يتعلق بها لتجردها عن إطلاق اسم المرض وفاقا للمشهور بين أصحابنا، بل فى المسالك لم ينقل المصنف و لا غيره خلاف فيه، بل فى جامع المقاصد ما سمعته من الإجماع المزبور، لكن عن ابن الجنيد إلحاقها بالمرض المخوف، بل عنه أنه زاد ما إذا قدم لاستيفاء قود أو ليقتل رجما فى الزنا، أو قطع الطريق، أو كان أسيرا فى يد عدو من عادته قتل الأسير، و غير ذلك مما كان فى حاله الأغلب فيها التلف، و هو كما ترى لا دليل عليه بعد كون المراد من قوله «حضرته الوفاه، و عند وفاته» حاله مرض، و لو فرض نزع روحه بقرينه غيرها من النصوص التى تكشف بعضها عن بعض، خصوصا ما صرح فيها بأن تصرف الصحيح الصادق على مثل الفرض قطعا من الأصل كما هو واضح.

فلا إشکال فی المسأله حینئذ بناء علی عدم حجیه العله المستنبطه التی هی رأی المخالفین، و ربما کان ذلک هو الداعی إلی ابن الجنید فی اختیار ذلک قبل رجوعه عن القول بالقیاس، و أما ما یحکی عن الشیخ من أن للحامل ثلاثه أحوال قبل الطلق، و معه، و بعده، فما قبله لیس مخوفا، و ما معه مخوف، و ما بعده إن لم یکن معه دم و ألم فلیس مخوفا و الا فهو مخوف، بل لاح من الفاضل فی القواعد موافقته، بل فی جامع المقاصد أنه لا- یخلو من وجه، فلیس خلافا فی المسأله فی الحقیقه و إنما هو فی خصوص ذلک، بل لعل القول به فی بعض الأحوال غیر بعید و الله العالم.

[هاهنا مسائل]

اشاره

و هاهنا مسائل کثیره فی المقام کما لا یخفی علی من لاحظ الکتب المطوله إلا أن المصنف اقتصر علی سته:

[المسأله الأولی وهب و حابی فان وسعهما الثلث فلا کلام]

الأولی: إذا تبرع بتنجیز أمور متعدده فی مرض موته کما لو وهب و باع و حابی أی باع بدون ثمن المثل فان وسعهما الثلث فلا کلام فی نفوذهما معا منه و إن قصر بدء بالأول فالأول حتی یستوفی الثلث و کان النقص علی الأخیر بلا خلاف فی شی ء، من ذلک عندنا و لا إشکال، لأن الأول قد وقع عن حال نفوذ تصرفه فی ثلثه من غیر حاجه إلی إذن الوارث، فإذا استوفی الثلث وقع التصرف حینئذ فی حق الوارث المحتاج إلی الإجازه، من غیر فرق فی ذلک بین العتق و غیره، خلاف لبعض العامه، فقدمه مطلقا و آخر منهم فساوی بینه و بین المحاباه علی تقدیر تأخیرها عنه، و لا ریب فی ضعف الجمیع.

و کذا الکلام علی الأصح فیما لو أوصی بوصایا متعدده ما لم تقم قرینه علی إراده العدول، من غیر فرق بین أن یکون فی اللفظ ما یقتضی الترتیب و عدمه لأن السابق قد حکم بصحته، فلا یبطل إلا بدلیل، و ل

خبر حمران (۱)عن الباقر (علیه السلام) المتضمن لعتق من ابتدأ بالوصیه بعتقه ثم من بعده»

و هکذا، و قد تقدم البحث فی ذلک و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا جمع بین عطیه منجزه و عطیه مؤخره قدمت المنجزه]

المسأله الثانیه: إذا جمع بین عطیه منجزه و عطیه مؤخره بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱.

الموت قدمت المنجزه و ان كانت متأخره لاقتضائها الملک فعلا فان اتسع الثلث للباقى نفذ أيضا و إلا صح فيما يحتمله الثلث و بطل فيما قصر عنه إلا إذا أجاز الوراث بلا خلاف و لا اشكال.

و من ذلک كله ظهر لک أن المنجزات تشارک الوصيه فى توقف نفوذها على سعه الثلث أو إجازه الوارث، و فى البدأه بالأول فالأول، من غير فرق بين العتق و غيره، و فى أنها تصح عندنا للوارث و غيره، خلافا للعامه، و فى أن المدار على الثلث فيهما حال الموت لا قبله و لا بعده، أو قبله.

قيل: و فى أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها كما يدخل النقص على وصيته بسبب أخرى، و فيه نظر.

و فى أن فضيلتها ناقصه عن فضيله الصدقه فى الصحه، و فيه نظر، لأن

النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)«سئل عن أفضل الصدقه فقال: أن تتصدق و أنت صحيح شحيح تأمل الغنى و تخشى الفقر- و لا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا، و لفلان كذا، و قد كان لفلان، و قد كان لفلان».

و تفارقها فى أن قبول المنجزه على الفور بخلاف الوصيه التى يقع قبولها بعد الموت، و فى أنها مشروط بالشروط المعتبره إذا صدرت فى حال الصحه، كالعلم النافى للغرر فى المحاباه، و التنجيز المعتبره فى البيع و غيره من العقود، بخلاف الوصيه فإنها معلقه بالموت و عدم الغرر غير شرط فى صحتها.

و فى أنها لازمه فى حق المعطى، ليس له الرجوع فيها و إن كثرت، لأن المنع من الزياده على الثلث انما كان لحق الورثه، فلم يملک إجازتها و لا ردها، و إنما كان له الرجوع فى الوصيه، لأن التبرع بها مشروط بالموت، و قبولها المعتبره انما هو بعده فقبل حصوله لم يوجد التبرع، فكان للموصى الرجوع، بخلاف العطيه المفروض حصول الإيجاب و القبول، و القبض على الوجه

۱- ۱ المستدرک ج ۱ ص ۵۳۵ لكن الروايه عن الصادق عليه السلام و عن النبى صلى الله عليه و آله مع تفاوت.

المثمر للزوم، للاقتران بنيه القربه و نحوه ضروره كونها حينئذ كالوصيه إذا قبلت بعد الموت قيل:

و فی أنها مقدمه علی الوصيه بالتنفيذ و إن تأخرت من غير فرق بين العتق و غيره علی ما عرفت، و فيه نظر و فی أنها لازمه فی حق المعطی و الوارث معا علی تقدير البرء فإنه ليس لواحد منهما حينئذ إبطالها بخلاف الوصيه، و فی أن اللزوم فی حق المتبرع عليه حيث يكون التصرف لازما من طرفه بخلاف الوصيه، و الأمر فی ذلك كله سهل، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا باع كرا من طعام قيمته سته دنانير و ليس له سواه بكر ردی ء قيمته ثلاثه دنانير فالمحاباه هنا بنصف تركته]

المسأله الثالثه: إذا باع كرا من طعام أو غيره مما هو ربوی قيمته سته دنانير مثلا و ليس له سواه بكر ردی ء مجانس له قيمته ثلاثه دنانير مثلا فالمحاباه هنا بنصف تركته و لم يجز الوارث، فلا إشكال فی البطلان فی الزائد علی الثلث كما لا اشكال ف ی أنه يمضی فی قدر الثلث و حينئذ فالذی بطل فيه المحاباه فی الفرض السدس، ضروره أن له من السته ثلثها، و هو اثنان و الفرض انه قد حابی بنصف التركه، و هو ثلاثه ف يزيد علی الثلث واحد، هو سدس التركه.

لكن لو رددنا السدس علی الورثه لكان رباء لمعلوميه اقتضاء البطلان فی المبيع و لو جزء منه البطلان فيما قابله من الثمن، كمعلوميه عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا، لأنه عقد صدر من أصله فی محله فيندرج تحت إطلاق الأدله و عموماتها و من هنا لم أجد خلافا فی ذلك هنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.

نعم الوجه فی تصحيحه (۱۱) بحيث يسلم من الربا و من مخالفته قاعده مقابله الثمن للمثمن أن يريد علی الورثه ثلث كرهم، و يرد علی المشتری ثلث كره (۱۲) و حينئذ فيبقی مع الورثه ثلثا كر قيمتها ديناران، و مع المشتری ثلث كر (۱۳) من الجيد قيمتهما أربعه (۱۴) دنانير مضافا إلی ثلث الكر المردود إليه الذی قيمته دينار، فيكون المجتمع عنده خمسه دنانير، كما أن المجتمع عند الورثه أربعه دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذی يرجع إليه، و أما الباقی عنده الورثه أربعه دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذی يرجع إليه، و أما الباقی عنده من كرهم أربعه دنانير اثنان منها قد استحقهما فی مقابله ثلثی كره الردی فيفضل معه (۱۵) أی المشتری المحاباه، و بذلك يحصل الجمع بين حقی

الوارث و المشترى، و مراعـاه القاعـده التى سـمعتها و حينئـذ يبطل البيع فى ثلث الكر و ما قابله من الثمن، و يصـح فى ثلثيه، و ما قابلهما من الثمن.

و الضابط أنه يجب أن يبقى مع الورثه ضعف ما صحت فيه المحاباه من غير لزوم الربا، و طريقه أن يسقط قيمه كر المشتريين من قيمه كر الورثه، و ينسب ثلث المبيع إلى الباقى، فيصح البيع فى تلك النسـبه، ففى الفرض مثلا إذا سقط ثلاثه دنانير من سته بقى ثلاثه، فإذا نسب إليها ديناران كانا ثلثيهما، فيصـح البيع فى ثلثى كر بثلثى الآخر، و يتردان الثلث، و لو فرض أن قيمه كر المريض تسـعه، و كر المشترى بحـاله كـانت المحاباه بثلثى التركه، و تصـحيحه إنما يكون بتراد النصف من كل منه، فيكون المجتمع عند الورثه سـته دنانير، أربعه و نصب قيمه كرهم الـذى رجع إليهم، و دينار و نصف قيمه الكر الذى هو الثمن، و عند المشترى أيضـا سته، لكن منها دينار و نصف قيمه كره الذى رجع إليه، و أما الباقى عنده من كرهم نصف قيمته، أربعه دنانير و نصف منها دينار و نصف فى مقـابله نصف كره الـذى عنـد الورثه، و ثلاـث دنـانير بالمحاباه النافـذه فيها، لأنها قـدر الثلث الـذى فرض أنه فى يد الورثه ضعفاه، أى سته.

و طريقه على ما سـبق أن تسـقط ثلاثه قيمه كره الردى من التسـعه قيمه الكر الجيـد، يبقى حينئذ سـته، فإذا نسب الثلث إليها كان نصفا منها، فيعلم حينئذ صحه البيع فى نصف أحدهما بنصف الآخر.

و هكـذا القياس فى جميع ما يرد عليك من الأمثله فى هذه المسأله الدوريه، لتوقف معرفه قدر المبيع فيها على معرفه قدر التركه، لاشـتمالها على المحابـاه التى لاـ تخرج إلاـ من الثلث التى تجب معرفه قـدره، و معرفته متوقفه على معرفه قـدر مجموع التركه، و معرفه قدر مجموع التركه متوقفه على معرفه قدر الثمن، لأنه من جملتها، و معرفه قدر الثمن متوقفه على معرفه قدر المبيع، فيدور، و لكنه دور معيه، و هو الـذى يتوقف كل منهما على مصاحبه الآخر كالمتضافين، لا الدور المحال، و هو الذى يتوقف وجود كل منهما على وجود صاحبه، بمعنى أنه لا يوجد إلا بعد وجوده.

و للعلماء فى التخلص من هذا الدور و بيان المطلوب طرائق منها طريق الجبر و المقابله، و منها

طریق الخطائین کما أطنب بهما فی المسالک و إن کان فی غیر محله ضروره عدم کونه وظیفه الفقیه، و ستسمع کیفیه الأول منهما- إن شاء الله تعالی- فی المسأله الآتیه التی یقاس علیها غیرها من المسائل الدوریه التی أطنب فیها فی القواعد و الأمر سهل.

[المسأله الرابعه لو باع عبدا قیمته مائتان بمائه و برء لزم العقد]

المسأله الرابعه: لو باع عبدا قیمته مائتان. بمائه و برء من المرض و لم یکن له سواه لزم العقد کما فی غیره مما ینجزه، بلا خلاف و لا إشکال لإطلاق الأدله و کذا لو مات و أجاز الوارث.

نعم ان مات و لم تجز الورثه صح البیع فی الجمله بلا خلاف للإطلاق کما لا خلاف علی القول بأن المنجزات من الثلث فی عدم النفوذ فی الجمیع.

إنما الکلام فی تعین قدر المبیع، و حیث أن المقام لا ربا فیه، فالمنصف و المحکی عن الشیخ و من تبعه بل نسبه بعضهم إلی المشهور علی أنه النصف فی مقابله ما دفع من الثمن المفروض مساواته للنصف و هی ثلاثه أسهم من سته، و فی السدسین بالمحابه، و هی سهمان هما الثلث من سته الذی نفذت فیه المحاباه، فیکون ذلک خمسه أسداس العبد، و بطل أی المحاباه فی الزائد عن الثلث و هو سدس العبد فیرجع علی الورثه و (۱۱) لکن المشتری (۱۲) مع جهله بالحال بالخیار إن شاء فسخ، لتبعض الصفقه، و إن شاء أجاز (۱۳) و کانت الخمسه أسداس فی مقابله مجموع الثمن و (۱۴) رجع السدس علی الورثه من غیر رد شی ء من الثمن بل لو بذل العوض عن السدس کان الورثه بالخیار بین الامتناع و الإجابه لأن حقهم منحصر فی العین (۱۵) فلا یلزمون بالعوض قهرا، کل ذلک لأصاله لزوم العقد من الجانبین إلا فی قدر الضروره، و لأن هذا العقد فی قوه بیع و هبه صحت فیما له، و بطلت فیما لیس له و لا ربا فی المقام.

و لکن فیه أنه مناف لقاعده اقتضاء بطلان البیع فی المبیع، البطلان أیضا فیما قابله من الثمن، کما فی غیره من أفراد البیع الذی یصح فی بعض، و یبطل فی آخر، و من هنا قال الفاضل فی القواعد بل قیل: فی أکثر کتبه: «الحق عندی هنا مقابله أجزاء الثمن باجزاء المبیع، کما فی الربوی، و لأن فسخ البیع فی البعض یقتضی فسخه فی قدره من الثمن، و کما لا یصح

فسخ البيع فى الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح فى البعض مع بقاء جميع الثمن».

و تبعه على ذلك الكركى محتجا بما أومى إليه من أن البيع يقتضى مقابله جميع اجزاء المبيع، بجميع أجزاء الثمن، لأن ذلك معنى المعاوضه، فإذا بطل البيع فى شى ء من المبيع، وجب أن يبطل فى مقابلته، من الثمن، و الا لبقى ذلك البعض من غير مقابل، فينتفى فيه معنى المعاوضه، و بذلك يبطل استدلالهم بالأصل المزبور، و العقد المذكور لم يشمل على بيع و هبه بالاستقلال، و أنما هو بيع يلزمه ما هو كالهبه و ليس للهبه فيه ذكر، إذ ليس هنا لك إلا الإيجاب و القبول، اللذان هما عقد البيع و لا يلزم من لزوم ما هو كالهبه أن يتخلف عن البيع مقتضاه، و هو المقابله المزبوره و لا أقل من أن يكون هذا التحابى مثل من حابا بماله و مال غيره فلم يجز، فإنه يبطل من الثمن بمقدار ما قابله، و مثله المحاباه.

قلت: قد يفرق بين المقام و غيره من المقامات باعتبار كون المال أجمعه ملكا للمريض، ليس لأحد فيه شى ء حال بيعه، و ليس بطلان البيع فيه انكشاف بطلان، بل حدوث ملك للوارث بموت المورث، مكان البيع حال وقوعه وقع على المحاباه بما زاد على ما قابل الثمن من المبيع، إلا أن فى الزائد على الثلث منه تعلق حق للوارث و ان انتقل إليه قبل الموت انتقالا متزلزلا، فان لم يجز الوارث تبطل المحاباه فيه فمع فرض تناول ما دل على خروج التبرعات من الثلث للمحاباه، لا شك فى إراده ما يقوله المشهور من خروجها، ضروره أن لمعنى وقوع المحاباه فى الثلث خاصه، و فى غيره على الإجازه، و كون الثمن مقابل ما يساويه من المبيع، إلا أنه لما منع الربا من اجراء ذلك فى الربوى احتيج إلى ما عرفت، بخلاف المقام الذى لا ربا فيه و ظاهر دليله المذكور اختصاص مقابله الثمن بما يساويه، و أن التحابى وقع فى الثلث و غيره، و لا أقل من أن يكون ذلك مخصصا لتلك القاعده بعد تسليم شمولها للمقام و من ذلك يظهر قوه قول المشهور.

و على كل حال، فقد بان لك الحال فى القسمين الربوى و غيره، ففى المقام لو باع عبدا- لا يملك سواه و قيمته ثلاثون- بعشره فقد حابا بثلثى ماله فعلى المشهور يأخذ ثلثى العبد بجميع الثمن لاستحقاق أحدهما بالمحاباه، و الآخر بالثمن، و على قول الفاضل يأخذ نصف المبيع بنصف

الثمن، و ينفسخ البيع فى الباقى، لأن فيه مقابله بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه، كما سمعته فى الربوى الذى يشبه نظر الفرض فيه، كما لو اشترى قفيزا يساوى تسعه، بقفيز يساوى ثلاثه، و لو باع العبد بخمسه عشر كانت محاباته بالنصف، فعلى المشهور صح البيع فى خمسه أسداسه بجميع الثمن، و ذلک لأن الضابط فيه نسبه الثمن و ثلث الترکه إلى قيمته، فيصح البيع فى مقدار تلک النسبه، و فى الفرض خمسه أسداس.

و على قول الفاضل صح فى ثلثيه بثلثى الثمن نحو ما سمعته فى الفقير الذى قيمته سته مثلا، ثم بيع بثلثيه الذى قد عرفت الضابط فيه إسقاط الثمن من قيمته المبيع و نسبه الثلث إلى الباقى، فيصح البيع من قدر تلک النسبه، و ينسب الثلث إلى المحاباه فيصح البيع فى قدر تلک النسبه، و على التقدير فى الفرض يصح البيع فى ثلثى العبد بثلثى الثمن، و يبطل فى الزائد ثمنا و مثمنا و قيمه كما فى الربوى.

و لو فرض أنه خلف عشره أخرى مع العبد المذكور، فعلى قول الفاضل يصح البيع فى ثمانيه أتساع العبد، و هى سته و عشرون و ثلثان، بثمانيه أتساع الثمن، و هى ثلاثه عشر و ثلث، و ذلک لأنه قد حابا فى الفرض بثلث ترکته و ثمن ثلثها فإذا أسقطنا الخمسه عشر من ثلثين، و نسبنا الثلث، و هو ثلاثه عشر و ثلث إلى الباقى من القيمه، و هو خمسه عشر يكون ثمانيه أتساعها، أو نسبنا الثلث المزبور إلى المحاباه، و هو ثلث الترکه و ثمن ثلثها، أى خمسه عشر يكون ثمانيه أتساعه أيضا و يبقى من العبد سته، و هو ثلاثه و ثلث، فإذا ضمت إلى العشره، و ضم المجموع إلى الثمن، كان مقدار المحاباه مرتين، و هو الميزان فى المقام.

و على المشهور يصح فى نصف العبد و أربعه أتساعه بجميع الثمن، لأنک إذا نسبت الثمن و ثلث الترکه إلى قيمه العبد يكون المجموع نصفها و أربعه أتساعها فيصح حينئذ فى ذلک، و يبطل فى نصف تسعه فيكون نصفه فى مقابل الثمن، و أربعه أتساعه بالمحاباه، و ذلک ثلث الترکه، و يبقى فى يد الورثه خمسه عشر هى الثمن، و نصف تسعه، واحد و ثلثان مع عشره و ذلک ضعف المحاباه.

و يمكن على قول الفاضل استخراج ذلک بطريق الجبر و المقابله فى المسائل الثلاث بأن

ينسب الثمن إلى المثمن، و يستخرج قدر المحاباه، فللورثه ضعفها من العبد و الثمن، فيقال: فى الأولى صح البيع فى شى ء من العبد، بثلث شى ء من الثمن، فالمحاباه بثلثى شى ء، فللورثه شى ء و ثلث شى ء و الشى ء من العبد، فيبطل من الثمن ثلث شى ء، فالثمن فى تقدير ثلثى شى ء، و العبد فى تقدير شيئين، فالشى ء خمسه عشر فللمشترى خمسه عشر هى نصفه، و يرجع إليه من الثمن خمسه و كذا للورثه.

و فى الثانيه يصح البيع بنصف شى ء من الثمن، فالمحاباه بنصف شى ء، فللورثه شى ء، و قد حصل لهم من الثمن نصف شى ء، يبقى لهم نصف شى ء من العبد، فيبطل البيع فى مقابله، و هو ربع شى ء من الثمن، فالعبد فى تقدير شى ء و نصف، و الثمن فى تقدير نصف شى ء و ربع فالشى ء إذا عشرون.

و فى الثالثه يصح البيع فى شى ء من العبد بنصف شى ء من الثمن، فللورثه مقابل المحاباه شى ء من التركه و الثمن، و قد حصل لهم نصف شى ء من الثمن، فالعبد و العشره الزائده فى تقدير شى ء و نصف، فالشى ء إذا سته و عشرون و ثلثان، الى غير ذلك مما ليس هو وظيفه الفقيه، و إن أطنب فيه جماعه من العلماء، خصوصا ثانى الشهيدين فى المسالك، فإنه ذكر استخراج ذلك بهذا الطريق، و طريق الخطائين أيضا فى الربوى، و الأمر سهل على المعارف بطريقه الحساب، و الأسهل لغير ما ذكرناه بالطريق الأول و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أعتق أمه فى مرض الموت و تزوج بها جاعلا مهرها عتقها و دخل بها صح العتق]

المسأله الخامسه: إذا أعتق أمه فى مرض الموت و تزوج بها جاعلا مهرها عتقها و دخل بها صح العتق و ورثته بالزوجيه إن أخرجت من الثلث خلافا للمحكى عن الشافعى، فإنه قال: لا ترث و إن لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف فى المنجزات فى الخروج من الأصل و الثلث، فعلى الأولى أيضا بطلان العتق أيضا، لأنه لم يعتقها إلا على تقدير التزويج بها، و لا ريب فى ضعفه.

نعم لا ترث لبطلان النكاح بتبعض البضع، و هل لها عوض البضع شى ء وجهان: كما عن شرح الإرشاد للشهيد، من أنه لم يجعل لها عوضا سوى عتق رقبتها، و قد بطل فى الزائد على الثلث، و صار حقا للوارث، فلم يستحق غيره، و كأنه ظاهر الفاضل فى القواعد، و من

إلحاقها بمن أمهرها قدر قيمتها، فإن المسمى يبطل، و يستحق من مهر المثل بالنسبه، و يدخلها الدور حينئذ كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

و فيه لقاعده عدم خلو الوطء، المحترم عن عوض، فلو كان مهر مثلها بقدر قيمتها فى الفرض المذكور، و لم يخلف سواها عتق نصفها، و تستحق من مهر المثل مثله و لا يحسب من الثلث لأنه كعوض الجنايه، فيكون للورثه شيئان، مقابله ما عتق منها و حينئذ فيكون فى تقدير أربعه أشياء، و ربع منها بالعتق و ربع بالوطى، فيكون نصفا، و يبقى للوارث نصف، هذا، و لم يصرح المصنف يجعل مهرها صداقها لكن فى قوله «ان خرجت» تنبيه على ذلك، إذ لو كان قد سمى لها مهرا، لوجب اعتباره من الثلث أيضا، و كانت كالمسأله الآتيه التى فيها الدور، و لو كانت مفوضه البضع أو المهر لوجوب بالدخول بها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض إليه، و فيعتبر خروجه من الثلث أيضا، فلا يتم إطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصح العقد و العتق، و أما التقييد بالدخول فلمعلوميه اشتراط نكاح المريض به، و إلا بطل العقد، و ترتب عليه عدم الإرث و المهر.

و لو أعتق أمه و تزوجها بمهر و دخل صح الجميع، إن خرجت هى و ما زاد عن مهر مثلها من الثلث، و ورثت، و أن لم تخرج هى من الثلث بطل العتق فى الزائد، و ما قابله من المهر، أن خرجت هى من الثلث دون مهرها المسمى، بطل المسمى خاصه، و صح العتق و النكاح، و وجب لها مهر المثل بالدخول و ان زاد على المسمى لأنه كالأرش.

و حينئذ فالمسأله دوريه أيضا، لأن معرفه ما انعتق منها إنما يكون إذا عرف مقدار ما يبقى من التركه بعد ما تستحقه من المهر، و بالعكس فنقول: عتق منها شى ء، و لها من مهر المثل شى ء، و للورثه شيئان ضعف ما عتق منها، فيكون ذلك بتقدير أربعه أشياء مع فرض بقاء ذلك من التركه، بأن يكون قد خلف مثلها معها فالشى ء حينئذ نصفها.

و من ذلك يعرف الوجه فى

[المسأله السادسه لو أعتق أمه و قيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثلث الآخر و دخل ثم مات فالنكاح صحيح]

المسأله السادسه: و هى لو أعتق أمه و قيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الآخر مثلا و دخل ثم مات ف انه لا إشكال فى أن النكاح صحيح و فى أنه ی بطل المسمى مع عدم اجازه الوارث

على المختار لأنه زائـد على الثلث، و لأنه لو صح لزم الدور لتوقف صـحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق، المتوقف على بطلان المهر، لقصور الثلث عن قيمتها مع صـحته، و هـذا هو الدور المحال، لا الدور الجائز فى نظائر المسأله، ضـروره أنه على ما عرفت ممـا يسـتلزم ثبوته نفيه، و هو محـال، و من هنـا لم يعرف مخـالف فى المسأله، و إن حكى عن التـذكره أنه حكى قولا لم يعين قائله أن المعتقه تتخير، فان عفت عن مهرها عتقت و صح النكاح، و إن لم تعف كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها، و فى جـامع المقاصـد أنه لا بعـد فيه، لكن لا ريب أن الأقوى ما سـمعت و كيف كان فهى ترثه بل و فى ثبوت مهر المثل لها تردد من اسـتلزام ثبوته الدور المزبور، و من جريانه مجرى أرش الجنايه التى هى من الأصل، و مع منع اقتضائه الدور باعتبار عدم ترتبه على صـحه النكاح، بل على مجرد الوطء، و الطريق حينئـذ إلى تحصـيل مقدار العتق و نصـيبها من مهر المثل أن يقال: إنه إما أن يساوى قيمتها أو ينقص عنها أو يزيد: ففى الأول يقال: عتق منها بشـى ء، و لها من مهر المثل شـى ء، و للورثه شيئان فى مقابله ما عتق منها لا فى مقابله المهر الذى هو من الأصل، فالتركه إذا فى تقدير أربعه أشياء، فلو فرض قيمتها مائه و مهر المثل مائه، و بقى من التركه- غير رقبتهـا- مائتـان، فالشـى ء خمسه و سـبعون فيعتق منها ثلاثه أرباعها، و لها ثلاثه أرباع مهر المثل، و للورثه مائه و خمسون ضـعف ما عتق منها، و لو فرض زياده قيمتها عن مهر المثل، بأن كان بقـدر نصف قيمتها و هى مسـتوعبه للتركه فالـدور أيضـا لازم بسـبب الـدخول بها، لاسـتحقاقها به من مهر المثل قـدر ما أعتق منها، و نفوذ العتق فى ثلث الباقى منها و بنقصانه يزيد فيقـال: عتق منها شـى ء و لها من مهر المثل نصف شـى ء، و للورثه شـيئان فى مقابله ما عتق منها مرتين، فالتركه فى تقـدير ثلاثه أشـياء و نصف فإذا بسـطت من جنس الكسـر تكون سـبعه، لها منها ثلاثه، اثنان من نفسـها بالعتق، و واحد بالمهر، و للورثه أربعه فينعتق مقدار سـبعى التركه من الجاريه، و لها من مهر المثل سـبع آخر و للورثه فى مقابله ما انعتق منها أربعه أسـباع، فيحرر ثلاثه أسباعها، لأن ما استحقته من نفسها مهرا يجب انعتاقه أيضا.

بل فى القواعد أنه لو أراد الورثه أن يدفعوا حصـتها من مهرها و هو سـبعها، و ينعتق منها سـبعاها، و يسترقوا خمسه أسباعها فليس لهم ذلك، و ان كان هو خلاف

المحكى عنه فى التحرير من أن لهم ذلك و فى محكى التذكره ثم السبع المصروف ان رضيت به بدلا عما لها من المهر، فذلك و يعتق عليها حين ملكته، لا بالإعتاق الأول، و ان امتنعت بيع سبعها فى مهرها.

و لعل المحصل من ذلك أن فى المسأله قولين: أحدهما أن الورثه يجيزون فى دفع دينها الذى استحقته مهرا لما عتق منها، فان دفعوه من عينها و رضيت به عتق بملكها إياه، و ان أراد و ادفعه من محل آخر و يبقى سبع الجاريه ملكا لهم كان لهم ذلك، لأنهم مخيرون فى جهات الأداء.

الثانى أنه لا ـ خيار للورثه، لأن السعى فى باقى القيمه لتعتق ثابت، فإذا ثبت لها فى التركه دين كان انعتاقها منه بطريق أولى، و لا يكون للورثه خيار، و هو واضح بناء على السعى، من غير فرق فى هذه المسأله و نظائرها، و هل لها أن تمتنع من قبول بعضها مهرا عوض المهر صريح كلام التذكره توقف الأمر على رضاها و هو متجه بناء على أن السعى و عدمه منوط، و فى جامع المقاصد هو محتمل، و لتمام الكلام فى ذلك محل آخر، و لو فرض زياده مهر المثل عن قيمتها و فرض كونه بقدرها مرتين، قلنا: عتق منها شى ء، و لها مهر المثل شيئان، و للورثه شيئان فى مقابله أعتق منها مرتين، فالتركه حينئذ فى تقدير خمسه أشياء و مقتضى ذلك انعتاقها حينئذ أجمع، لعدم مزاحمه حق الورثه لمهر المثل الذى هو من المديون.

نعم يأتى فيه البحث السابق، من أن للورثه الدفع من غير عينها.

و لقد ظهر لك من ذلك كله أن إطلاق المصنف صحه النكاح مبنى على عدم وجوب المثل، ليتم العتق حينئذ فى جميعها، اما إذا حكمنا فيه بشى ء بطل العتق بسببه فيبطل النكاح للتبعيض، كالمسئله السابقه، و يمكن أن يريد المصنف بصحه النكاح ثبوته فعلا على وجه يترتب عليه استباحه وطئها بذلك العقد، لأنه محكوم

بصحته إلى الموت، و وجه الصحه وجود المقتضى، و صدور العقد من أهله فى محله و انتفاء المانع إذ لا حق لغيره الاتى فى رقبتها، و انما ينكشف ذلك عند الموت كما عن التحرير التصريح به، هذا كله على المختار من الوقوف على الثلث.

و على القول الأخر اى النفوذ من الأصل يصح الجميع كما هو واضح.

و هذا آخر الكلام فى هذه المسائل، و ان أطنب الفاضل فى القواعد فيها و فى نظائرها، لكن من أحاط بما ذكرنا على الحال فيها أجمع، و يتلوه الكلام فى كتاب النكاح، و الله الموفق و المؤيد و المسدد. و المحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.